ثالثاً :- أن الحالات المتصورة فى الاسترداد فى الفقه الإسلامى أكثر من تلك التى حددها المقنن المصرى فى الحالتين المعروضتين آنفاً .

رابعاً :- أن المقنن المصرى مقصر فى عدم النص على استرداد الوطنية التى فقدت الجنسية المصرية بالزواج من أجنبى إذا أسلمت هذه المرأة، وذلك تأكيد على هوية مصر كبلد إسلامى غالبية سكانه من المسلمين .



الفصل الثالث
أثر الزواج على جنسية الزوج

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : انتفاء كل أثر للزواج المختلط على جنسية الزوج .

المبحث الثانى :تأثر جنسية الرجل بالزواج المختلط .

المبحث الثالث : التوسط بين الاتجاهين السابقين .

اتضح من الفصل السابق مدي تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجة اكتساباً وفقداً واحتفاظاً ورداً، فهل ذلك تأثيره على جنسية الزوج أيضا ؟ أم أن الأمر مختلف ؟

وبالنظر فى شرائع الإنسانية السماوية منها والوضعية نرى أن هناك اتجاهات ثلاثة فى شأن تأثير الزواج المختلط فى جنسية الزوج، فبينما يقوم الاتجاه الأعظم على أنه لا أثر لهذا الزواج على جنسية الرجل، و يقوم على نقيضه اتجاه صغير، يجعله نظير أثره على المرأة، وإذا بقوم يقفون وسطاً بين ذلك فما هي هذه الاتجاهات ؟ وما باعثها ؟ وما مداها ؟

لذا أقسم هذا الفصل الي ثلاثة مباحث، لكل اتجاه مبحث منها .

المبحث الأول

انتفاء كل أثر للزواج المختلط على جنسية الرجل .

" فقه هذا الاتجاه "

يقوم الاتجاه الماثل على أساس نَفْي كل تأثير للزواج المختلط على جنسية الزوج وأن آثار الزواج المختلط تتوقف على الزوجة والأولاد ، أما الزوج فلا يكون الزواج سبباً فى اكتسابه جنسية الزوجة ، ولا فى فقد جنسية الوطنية ولا سبباً فى رد جنسية فَقَدَها ؟ ولا فى حفظ جنسية وقد تركها فزواج الرجل من وطنية أو أجنبية بالنسبة له على حد سواء ، وإذا أراد الرجل الأجنبي - وقد تزوج وطنية - أن يدخل فى جنسيتها فإن هذا الزواج لا يقدم ولا يؤخر وعليه أن يسلك الطريق العادي للتجنس كأي أجنبي لا ميزة له البتة .وكذلك لا يؤدي زواجه من أجنبية إلي فقْده لجنسيته هو فلا أثر لذلك . وكذلك إذا تخلى عن جنسيته الوطنية فإن زواجه اللاحقَ من وطنيةٍ لا يَردُّ إليه جنسيتَه ولا يحفظها عليه .

"الفقه الإسلامي "

الناظر إلي خطابات القرآن الكريم وخطاب السنة النبوية المطهرة ، يلحظ أنها موجهة إلي الرجال غالبا ، مع أن الجميع مطالب بها ، لكن النساء تبع للرجال حتي فى الخطاب الشرعي ، ومن هنا جاء ما يسمي " بالطبيعة العربية " والتي تكمن فى مكانة الرجل عموما فى الأسرة العربية الشرقية ، فاعتباره رب الأسرة وراعيها ، يقود إلي جعل قرار تغيير

جنسيته متوقفا على إرادته المستقلة لا تبعا لزوجته " [1] ولكن هل مصدر هذه الطبيعة العربية هو الدين ؟ أم أن مصدرها العادات والتقاليد التي رسخت وتراكمت مع الزمن وانتقلت من الآباء إلي الأبناء وهكذا ؟

فى الواقع أن المصدر مشترك بين الدين والعرف فى هذا المجال [2]

والعرف الصحيح يرجع إلي الفطرة السوية ، والفطرةُ ترجع إلي الدين إذ ان الدين له مصدران ، مصدر داخلي يتمثل فى نداءات الفطرة السليمة . ومصدر خارجي مصدره الوحي الإلهي ، فتبعية المرأة لزوجها وليس العكس أمر كرَّسته الفطرةُ العربيةُ السليمةُ ووافقتْ به الوحي الإلهي ، الذي جاءت أحكامه منسجمة مع الفطرة العربية السليمة [3] لذا كانت الأنفة العربية

---

(1)كما يقوله د/ احمد عبد الكريم سلامه – المبسوط – صـ605

(2)ومن شواهد هذه الطبيعة العربية فى المجال الذى نحن فيه قول عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – : " والله إن كنا فى الجاهلية ما نعد للنساء أمراً (لم يكن لهن اعتبار) حتى أنزل الله تعالى فيهن ما أنزل . وقسم لهن ما قسم . انظر صحيح مسلم – كتاب الطلاق – باب الإيلاء واعتزال النساء – حديث رقم 1479 – صـ720 . ويؤكد هذا المعنى عمر – رضى الله عنه – قائلاً : " وكنا معشر قريش نغلب النساء فلما قدمنا على الأنصار (يعنى فى المدينة المنورة) إذا قوم تغلبهم نساؤهم فطفق نساؤنا يأخذن من أدب نساء الأنصار فصخبتُ على امرأتى فراجعتنى فأنكرتُ أن تراجعنى " صحيح البخارى – كتاب النكاح – باب : موعظة الرجل ابنته لحال زواجها – حديث رقم 5191 – صـ1103 . ولقد كانت تلك الطبيعة العربية وهى غير متفقة مع الشريعة الإسلامية فإذا بزوجة عمر تقول : " ولمَ تنكر أن أراجعك ؟ فو الله إن أزواج النبى – صلى الله عليه وسلم – ليراجعنه وإن إحداهن لتهجره اليوم حتى الليل ... " صحيح البخارى – الحديث المشار إليه سابقاً . وهكذا قضى الإسلام على كل تقاليد الجاهلية وأعاد إلى المرأة مكانتها التى وضعها فيها الخالق جل جلاله.

(3)ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية التى تنص على أن : " العادة محكمة " د/ على النزوى – القواعد الفقهية صـ 293 وما بعدها – وتلك القاعدة تؤكد على دور العرف=

تستبعد أن يتبع الرجل المرأة، ومن هذا المنطق صرح الفقهاء برفض تأثر جنسية الزوج بزواجه من وطنية فقد جاء فى فقه الحنفية قولهم :" وإذا دخلت غير مسلمة أجنبية دارنا بأمان فتزوجت وطنيا غير مسلم " ذمياً "صارت وطنية " ذمينة " "

وعكسه ما لو دخل غير مسالم دارنا فتزوج وطنية غير مسلمة لا يصير وطنيا[1] فحينما كانت الزوجةُ أجنبيةً والزوجُ وطنياً تبعته الزوجة فى جنسيته الوطنية، أما حينما كان الزوج أجنبيا والزوجةُ وطنيةً لم يتبعها فى جنسيتها وقد صرحوا بالفارق فقالوا :" بأن تزوج هذا الأجنبي ليس فيه دلالة التزامه المقام فإن فى يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه ... ومنه منعها الخروج إلي دارها، ولأنها التزمت المقام تبعا للزوج[2] فهذا تصريح بهذه النتيجة للرجل من جانب المرأة ونفي لتبعية الرجل للمرأة . وقد صرح به البعض أيضا تعليقا وتعقيبا على هذا فقال :" أجنبية كتابية زوَّجتْ نفسَها من رجل فى دار الإسلام صارت وطنيةً، والأجنبُي إذا تزوَّج وطنيةً فى دار الإسلام لا يصير وطنياً، والفرق أن المرأة فى قهره وتحت حكمه، ولزمها المقام حيث هو، وهو من أهل دار الإسلام فقد التزمت المكثَ معه فى دارنا إلي غاية فصارت وطنيةً، وليس كذلك الرجل لأنه لا يلزمه المكثَ حيث تكون المرأة ولا هو تحت قهرها . فلم يلتزم المكث فى دارنا إلي غاية لأن له أن

=الصحيح فى دين الإسلام ، وقد خرج الفقهاء عليها فروعاً فقهية كثيرة . وقد قيل : والعرف فى الشرع له اعتبار لذا فالحكم عليه قد يدار

(1)الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد – شرح فتح القدير – دار إحياء التراث العربى – بيروت – لبنان – جـ3 صـ272 ، وقد غيَّرتُ بعض ألفاظ النص ليناسب العصر مثل حربية ، حربى ، ذمى ، ذمية .

(2)شرح فتح القدير – جـ3 – صـ72 .

يطلقها ويذهب حيث شاء .... فصار كما لو لم يتزوج لا يصير وطنيا كذا هذا[1]

فهذا وغيره يوضح تأثر الفقهاء بتلك الفطرة العربية التي مبعثها الدينُ الكامنُ فى النفس[2] ولذلك لا أثر عندهم لزواج الأجنبي من الوطنية على جنسية هذا الأجنبي الذي يظل على جنسيته وليس أمامه إن أراد الدخول فى جنسية الدار إلا سلوك طريق التجنس العادي من قبول الذمة ودفع الجزية، كأى أجنبي عادي والخضوع فى الجملة لأحكام الدار وكان ذلك الفقه منهم، حتى أصبح أصلا ثابتا فى واقع الناس بل إن الحديث عن تأثير الزواج على جنسية الرجل بات مثيراً للدهشة .[3]

(1)الإمام سعد بن محمد بن الحسين النيسابورى الحنفى – الفروق للكرابيس – تحقيق د/محمد طموم – راجعه د/ عبد الستار أبو غدة – جـ1 – بند 11 – صـ119 ، 120 .

(2)من هنا جاءت القاعدة الفقهية التى تنص على أن : " التابع تابع " : " التابع يسقط بسقوط المتبوع " : " التابع لا يتقدم على المتبوع " وكأنهم أرادوا أن التابع لا يكون متبوعاً من تابعه . انظر : الإمام/ السيوطى – الأشباه والنظائر جـ 1 – صـ 193 وما بعدها .

(3)حتى إن بعض فقهاء القانون صدَّر الخطاب عن تأثير الزواج على جنسية الزوج بالقول : " قد يبدو لأول وهلة غريباً القول بأن الزواج المختلط من شأنه التأثير على جنسية الزوج ، فمن المتعارف عليه أن الزواج لا يؤثر إلا فى جنسية المرأة ... " د/فؤاد رياض – الوسيط ..... – صـ59 ، ويقول آخر : " إنه قد يبدو من الطريف أن يعتبر الزواج فى مثل هذه الحالة سبباً لاكتساب الزوج الأجنبى جنسية زوجته ذلك أن المفروض هو أن الزوجة هى التى تكتسب جنسية زوجها بسبب الزواج باعتبار أن الزوج هو رب العائلة . د/ هشام صادق – الجنسية والموطن ومركز الأجانب – مجلد 1 – والجنسية والموطن ومركز الأجانب – منشأة المعارف بالإسكندرية 1977م – فقرة 65 ، بينما يقول آخر : " من الطبيعى عندما تتزوج الوطنية من أجنبى أن=

القوانين الحديثة التي صارت على هذا الدرب :

حيث تقوم الغالبية العظمي من الدول العربية على هذا الاتجاه ومنها من اتخذ من هذا موقفا حاسما وأعلنه وذلك كما فى القانون الإماراتي الذي تنص المادة 3/3 منه على أنه " فى جميع الأحوال لا يتبع الزوج جنسية زوجته " [1]

بل إن بعض قوانين الدول العربية وصل به الأمر إلى ما يشبه التبراء من الزوجة الوطنية التى تتزوج من أجنبى فمن ذلك القانون الكويتى فى مادة 10 والتى تنص على أن [2] : "المرأة الكويتية التى تتزوج من أجنبى تدخل فى جنسية زوجها إذا كان قانون هذا الزوج يقضى بذلك ......" فمجرد زواج الوطنية عندهم يجعلها على خطر فقد الجنسية الكويتية، إذا ما كان قانون الزوج يدخلها فى جنسيته .

ويمثله قضى القانون البحرينى حيث تقضى المادة 7/أ [3] : " وإذا تزوجت امرأة بحرينية بأجنبى بعد ذلك التاريخ تفقد جنسيَّتها البحرينية متى اكتسبت جنسية زوجها ... " فكأن المقنن فى هذا القانون لم يكتفِ بنفى كل أثر على جنسية الزوج الأجنبى بل قرر إصابةَ الزوجة من جراء

=ينصب الاهتمام على البحث عن مدى إمكانية اكتساب تلك المرأة لجنسية زوجها الأجنبى ... ذلك أن الأصل هو تبعية المرأة للرجل عند اكتساب الجنسية بمقتضى رابطة الزوجية وليس تبعية الرجل للمرأة .. " د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج ... – صـ27 .

(1)م 3/3 المعدلة بقانون 1975م ، انظر فى العرض والتعليق د/ أحمد سلامه – المبسوط ..... – صـ605 .

(2)م 10 من قانون الجنسية الكويتية – المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م .

(3)م 7 / أ من القانون الصادر فى 16 سبتمبر 1963م .

ذلك . [1] وهذا المقنن السودانى لم يرع هذا الزوج الأجنبى أى اهتمام، ولذا آثر ألا يذكره بشيء [2] ولم يرتب نظام الجنسية السعودى على زواج السعودية من أجنبى أى أثر على جنسية هذا الزوج الأجنبى [3]

وعلى ذات المنوال صار القانون السورى والعراقى [4] ومن الدول الأجنبية من يعتنق هذا الاتجاه ومنها : الأرجنتين، وبهاما، وبيرمانى، وشيلى، والصين، وكولومبيا، وكوستاريكا، وكوبا، وفيجى، وجيانا، وبارجواى، وسماوا الغربية، وسنغافوره، وسيرنام، وتايلاند، وتونجا، وأورجواى، وفنزويلا . [5]

أما عن مصر فإن المقنن المصرى لم يجعل لزواج الوطنية من أجنبى أىَّ أثرٍ على جنسية الزوج الأجنبى، وقد يرجع السبب فى ذلك إلى " الاعتبارات التى تحكم الأسرة المصرية، وإلى ظروف مصر السكانية " [6]

(1)فكأن المقنن هنا يريد أن يقول أن الزوجة تتأثر جنسيَّتُها سلباً من بهذا الزواج وهى الوطنية ، فعدم استفادة الزوج وهو الأجنبى يكون من باب أولى وذلك من باب " فلا تقل لهما أف " الإسراء – آية 23

(2)انظر فى هذا الموقف من القانون السودانى : د/ عنايت عبد الحميد ثابت – التجنس فى تشريع الجنسية السودانية المجلة المصرية للقانون الدولى – إصدار الجمعية المصرية للقانون الدولى – 1983 – مجلد 39 ، بند 24 – صـ227 بند 33 – صـ238 ، بند 39 – صـ241 .

(3)انظر فى هذا : د/ عشوش ، د/ باخشب – أحكام .... – صـ223 .

(4)د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة المتزوجة ..... – صـ45 ، ويتابعه د/حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج .... – صـ28 .

(5)عرضهم د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة المتزوجة .. – صـ45 ، ويتابعه د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج ..... – صـ28 .

(6)د/ أحمد سلامه – المبسوط .... – بند 870 – صـ607 .

التعليق على الاتجاه المائل

فى البداية أبادر إلى القول بأن هذا الاتجاه يتناسى مبدأ المساواة بين الجنسين فى مسائل الجنسية والتى أرسته الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979م، حيث تنص فى فقرتها الأولى من المادة التاسعة على أن : " تمنح الدولُ الأطرافُ المرأةَ حقاً مساوياً لحق الرجل فى اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها "

وفى الفقرة الثانية : " تلتزم الدول بأن تمنح المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية الأطفال " [1] وكون هذا الاتجاه يقيم تفرقةً بين الجنسين يظهر جلياً فى منع تأثر جنسية الرجل بما تتأثر به جنسية المرأة .

وقد كان هذا الاتجاه محلاً للنقد من جانب من الفقه [2] حيث يرى الفقه المائل أن تشريع الجنسية المصرية لم يكفل المساواة بين الرجل والمرأة بالنسبة لأثر الزواج على الجنسية، وقد خص المقننُ الأجنبيةَ التى تتزوج من وطنى بأحقيتها فى اكتساب الجنسية المصرية، وفى ذات الوقت لم يخص الزوج الأجنبى للوطنية بأى امتياز عن الأجانب العاديين، فهو لم يقتصر على رفض منحه نفس الحق الذى منحه للمرأة، فى طلب الدخول فى

---

(1)صدرت هذه الاتفاقية عن الجمعية العامة للأم المتحدة فى 18 ديسمبر 1979م، وقد دخلت حيز التنفيذ فى 3 سبتمبر سنة 1983م، وانضمت إليها مصر فى 4 أغسطس سنة 1981م . انظر فى عرض هذه الاتفاقية تفصيلاً : د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية .... – صـ24 .

(2)د/ فؤاد رياض – نحو تعديل قانون الجنسية المصرية – المجلة المصرية للقانون الدولى – المجلد الخمسون – سنة 1994م – صـ4، صـ17 وما بعدها ، د/عنايت ثابت – التجنُس فى تشريع الجنسية السودانية ..... صـ227، صـ238، صـ241

الجنسية المصرية عن طريق الزواج بل لم يمنحه أية تسهيلات للدخول فى الجنسية عن طريق التجنُس كما تفعل غالبيةُ التشريعات التى تنص على تخفيض مدة الإقامة فى حق الأجنبى المتزوج من وطنية، ثم ينتهى الفقهُ المائلُ إلى القول بأنه : " ولا شك أن مبدأ المساواة بين الجنسين فى هذا الصدد كان يتطلب إما تطبيق النص الحالى فى تقنين الجنسية المصرية على كل من المرأة والرجل على حد سواء وهو أمر يصعب قبوله، وإما عدم خص المرأة بامتياز الدخول فى الجنسية عن طريق الزواج والتسوية بينها وبين الرجل فى إمكان الدخول فى الجنسية عن طريق التجنُسِ المخفف الشروط وخاصة شرط الإقامة " [1]

ولكن الواقع أن تمييزَ المرأةِ هنا على الرجل ظاهرةُ تميُزُ المرأةَ وفى الحقيقة هو تمييز للرجل، فالزوجُ الوطنىُ هو الذى تتبعه الزوجةُ وليس العكس، فهذا تمييز للرجل، ولكنه أيضاً فى صالح المرأة فالتى تستفيد من هذا التمييز هى المرأة، إذ يمكن القول بأنه تمييز للرجل لصالح المرأة، فلا اختراق لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة هنا، وليس مطلوباً أبداً مساواة الرجل الأجنبى هنا بالمرأة الأجنبية، لاختلاف الخلقة والطبيعة الإنسانية بينهما، فالرجل الذى يغادر بلداً ويذهب إلى بلد أجنبى ويتزوج من بنات هذا البلد، قد ذهب باختياره وفى يده قراره ويملك العودة فى أى وقت، ولكن المرأة غالباً يذهب إليها فهى تنتقل بعد الزواج، أما الرجل فينتقل غالباً قبل الزواج، ثم إن فى التجنُس العادى بالنسبة للرجل الأجنبى سبيل ميسور، فحسناً فعل المقننُ المصرىُ بعدم إعطاء ذات الأحكام التى للزوجة الأجنبية التى تتزوج من وطنىٍ أو يتجنس زوجُها بالجنسية المصرية، ومسلكه على هذا النحو محمود .

---

(1)د/ فؤاد رياض – نحو تعديل قانون الجنسية المصرية .... – صـ8 .

النتائج المترتبة على المبحث الماثل

يتضح من العرض السابق أن القانونَ المصريَّ قد جاء متفقاً مع الفقه الإسلامى الذى يرفض تأثيرَ زواجِ الأجنبىِّ بوطنية على جنسية هذا الزوج، وأن القانون المصرى متفق مع الفقه الإسلامى على النحو المشار إليه آنفاً، إلا أنه لا يفهم أن هذا الاتفاق كان نتيجة تأثر القانون المصرى بالفقه الإسلامى فإن القانون المصرى كما سبق بيان ذلك قد بنى قانونَ الجنسيةِ على أسس علمانية غير نابعة ولا معبرة عن الجنسية فى الفقه الإسلامى، وفى هذا المقام لأطالب مقنن ما بعد ثورة 25 يناير 2011م بمرعاة الجنسية الإسلامية [1] حتى تجئ الجنسيةُ المصريةُ معبرةً بصدق عن مصر البلد الإسلامى الذى غالبية سكانه من المسلمين، ومن نافلة القول أن القانون إذا كان مصدره الشريعة الإسلامية فهو يتعبد بتطبيقه ويثاب على إعماله، أما إذا كان موافقاً للفقه الإسلامى بمحض الصدفة فليس له ذلك الفضل التعبدى.

كما أن هذا الاتجاه فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى ليس فيه مساسٌ بالمساواة بين الجنسين لأن التمييز يكون بين المتماثلين والذكر والأنثى ليسا كذلك فلا تمييز.

---

(1) وذلك وفق التحديد الذى سبق بيانه فى خصوص الجنسية فى الفقه الإسلامى ووفقاً لمضمون كل حالة على حدة. ولا أعنى هنا التمييز بين أبناء الوطن الواحد، وعنصريه المسلمين وغير المسلمين، فغير المسلم مواطن يؤثر فى الجنسة الوطنية ويتأثر بها كالمسلم.

المبحث الثانى
تأثر جنسية الرجل بالزواج المختلط
" فقه الاتجاه الماثل "

يقوم فِقْهُ هذا الاتجاه على إعطاء الزوج الحق فى دخول جنسية الزوجة بسبب الزواج فيكتسب الزوجُ جنسيةَ الزوجةِ كأثر مباشر للزواج، وذلك الاكتساب لجنسية الزوجة إما أن يتم بمجرد إبداء الرغبة من الزوج فى دخول جنسية الزوجة ودون توقف على سلطة تقديرية للدولة وذلك مثلما هو الحال فى دستور دولة السلفادور فى المادة 5/12 [1] والتى تجعل من زواج الأجنبى لامرأة من السلفادور الحق لهذا الزوج فى اكتساب جنسية هذا البلد وبمجرد إبدائه الرغبة فى ذلك ودونما سلطة تقديرية للدولة، وبعض دول هذا الاتجاه تجعل دخول الزوج الأجنبى فى جنسيتها رهيناً للسلطة التقديرية للدولة وذلك مثلما هو نص القانون الأيرلندى فى مادته 18 [2] من قانون الجنسية رقم 13 لسنة 1935م والتى تقضى بجعل دخول الزوج الأجنبى الذى يتزوج من أيرلندية متوقفاً على السلطة التقديرية للدولة.

التعليق على هذا الاتجاه :

من الظاهر أن هذا الاتجاه يتبع مبدأ المساواة بين الجنسين بحرفية مطلقة فهى دعوى لا رصيد لها من الطبيعة البشرية لكليهما، ولا نصيب لها من الفطرة المركوزة فى ضمير الإنسان، فحينما يقال التسوية بين

---

(1) انظر فى عرض هذا القانون : د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صـــ59 ، ويتابعه فى ذلك د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج ..... صـــ29 .

(2) د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صـــ59 ، د/ حسام ناصف ..... أثر انعقاد الزواج .... – صـــ29 .

النساء فهذا قول معقول ومقبول أما تسوية بين امرأة ورجل فهذا مستحيل، ولعل هذا الاتجاه يناسب طبيعة هذا البلد من نقص فى السكان، أو حاجة إلى أيدٍ عاملة، أو غير ذلك من الأسباب، كما أن الأخذ بهذا الاتجاه قد يدخل عناصر غير مرغوب فيها فى مجتمع الدولة مما يضعف الانتماء ويقلل من الإحساس بالولاء، وفى النهاية فهذا الاتجاه محدود النسبة على أرض الواقع، كما أنه متأثر بشكل كبير بمبدأ وحدة الجنسية فى العائلة، والذى من ثم بات مهجوراً . وليس له مقابل فى الفقه الإسلامى ولا القانون المصرى وذلك لما سبق عرضه فى المبحث السابق .

المبحث الثالث

التوسط بين الاتجاهين السابقين

" فقه الاتجاه الثالث "

من بين الحظر المطلق، والإباحة المفرطة، قام اتجاه وسط جعل من زواج الأجنبى من وطنية ظرفاً مخففاً لشروط التجنُّس، فقد جعل من هذا الزواج مبرراً محدوداً لاكتساب جنسية دولة الزوجة، فلم يُغْلق البابَ ولم يفتحْه على مصرعيه، فقد يعفى الزوج الأجنبى الذى يتزوج من وطنية من شروط التجنُّس العادى كلها أو بعضها، وخاصة شرط الإقامة الذى يتم تخفيضه بحسب قوانين الدول المختلفة، ويقوم هذا الاتجاه على رعاية مصلحة الأسرة ووحدتها ويولى هذا الأمر اهتماماً كبيراً، ومن ثم قرر تيسير طريق التجنُّس العادى لهذا الزوج بتخفيف الشروط أو الإعفاء منها أو من بعضها [1]

ومن جهة أخرى لا يعتبر هذا الإعفاء أو ذلك التخفيف أثراً مباشراً للزواج [2] بين الأجنبى والوطنية وبالتالى لا يحق للزوج أن يدخل جنسية دولة الزوجة مباشرة، وإنما يكون دخوله فى جنسيتها بالطريق العادى للتجنس، لكنه مخفف الشروط، ذلك لأن هذا الأجنبىَّ الذى يتزوج من وطنية يقوى مركزه الأدبى الذى يجعله فى منزلة إلى حد ما أفضل من الأجانب العاديين . ويحقق هذا الاتجاه مصلحة الدولة، فالدولة التى تعانى من قلة السكان يحقق لها مثلُ هذا الاتجاه ما تريد من زيادة عدد السكان، كما أن تحقيقَ

(1)فى هذا المعنى د/ أحمد سلامه – المبسوط .... – صــ605 .

(2)انظر فى هذا : د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صــ59 .

الاستقرار الأسرى يعود بالفائدة على الدولة [1] ويحقق مصلحة للزوج الأجنبى ذلك أن جنسية دولة الزوجة التى يقيم بها الزوج سوف تؤدى إلى معاملته كالوطنيين [2] وكذلك يحقق مصلحة الأسرة التى تتوحد أباً وأماً وأولاداً وهذا يؤدى إلى ترابط الأسرة وتوحد أفرادها . [3]

موقف القوانين من هذا الاتجاه :

وتتقسم الدول التى تعتد بهذا الاتجاه إلى قسمين :-

القسم الأول :- القوانين التى خفضت مدة الإقامة .

شذت بعض قوانين الدول العربية عن الاتجاه المانع، لهذا الاتجاه المخفف فمن ذلك القانون العمانى لعام 1983م، و قد خفف هذا القانون مدة الإقامة اللازمة لاكتساب الجنسية العمانية من خمس عشرة سنة إلى سبعة أعوام وذلك فى حق الأجنبى الذى تزوج من عمانية م 2 / 2 وكذا خفض القانون اللبنانى هذه المدة من خمس سنوات إلى سنة واحدة للأجنبى الذى يتزوج بلبنانية ويشترط أن يثبت أنه أقام مدة السنة هذه فى لبنان إقامة متصلة غير متقطعة منذ اقترانه بها م 3 من القرار رقم 15 لسنة 1925 [4]

---

(1) د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج ..... صـ31 ، حيث يشر إلى د/ هشام صادق – الجنسية والموطن ومركز الأجانب – مجلد 1 – منشأة المعارف 1977 – بند 62 .

(2) د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج .... صـ31 .

(3) د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج – صـ31 وهو يشير إلى د/ هشام صادق – الجنسية ..... بند 62 .

(4) فى عرض هذه القوانين : د/ أحمد سلامه – المبسوط ...... – صـ605 ، د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون .... – صـ222 ، 223 ، د/ حفيظة الحداد – القانون .... – الكتاب الثالث .... – صـ202 ، د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية فى القانون المقارن – دار النهضة العربية – 2007م – صـ129 ، وله أثر –

ومن القوانين الغربية : القانون اليابانى لسنة 1985م والذى تنص المادة 7 منه على أنه يجوز لوزير العدل منح الجنسية للأجنبى زوج أحد اليابانيين – أو اليابانيات، رغم عدم استيفائه للشروط المقررة فى الفقرتين 1 ، 2 من البند الأول للمادة الخامسة إذا كان موطن أو إقامة ذلك الأجنبى فى اليابان منذ ثلاث سنوات متتالية على الأقل، وله موطن فى اليابان منذ سنة على الأقل دون انقطاع " [1] فالأمر جوازىٌ لوزير العدل أولاً، وهو بالنسبة للمرأة والرجل سواء فيستوى أن يكون الزوج أو الزوجة أجنبياً وبذات الشروط . ثانياً : وقد خفضت هذه الإقامة إلى ثلاث سنوات بدلاً من خمس سنوات، ويشترط أن يكون له موطن فى اليابان منذ سنة على الأقل، وكذا القانون الايطالي بنص المادة الأولى من القانون رقم 23 لسنة 1983م بشأن بعض أحكام الجنسية الإيطالية بقولها : " الزوج الأجنبى ... لمواطن إيطالى يكتسب الجنسية الإيطالية عندما يقيم لمدة ستة أشهر على الأقل فى إقليم الجمهورية ، أو بعد ثلاث سنوات تحتسب من تاريخ الزواج إذا لم يكن هناك انحلال، أو بطلان أو اتفاق على الآثار المدنية ، ولم يقم انفصال قانونى [2]

– انعقاد الزواج ... – صـ29 ، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة المتزوجة – صـ45 .

(1) فى العرض والتعليق : د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون .... – صـ222، د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية ...... – صـ128 ، أثر انعقاد الزواج ..... – صـ29 ، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة ... صـ45 .

(2) د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون .... – صـ 222 ، د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية ... صـ129

وهذا النص سوَّى بين الزوج و الزوجة إذا كان أحدهما أجنبياً ، وأن اكتساب هذه الجنسية عند هذا الزواج يتوقف على استيفاء أحد شرطين : الإقامة لمدة ستة أشهر كحد أدنى فى إيطاليا ، أو مضى ثلاث سنوات من تاريخ الزواج عندما لا يكون مقيماً بها ويشترط استمرارُ الزواج صحيحاً بلا بطلان أو انفصال قانونى و اكتساب الجنسية عند استيفاء الشروط الماثلة وجوبىٌّ وبقوة القانون دونما توقف على سلطة تقديرية للدولة .

ويخفض القانون الأمريكى من المدة اللازمة للتجنُّس بالنسبة للزوج الأجنبى من خمس سنوات إلى ثلاث سنوات سابقة على تقديم طلب التجنُّس، وذلك بالمادة 319 من القانون العام رقم 414 لسنة 1952م وهو خاص بالزوج الأجنبى الذى يتزوج من أمريكية ، وبمثله ينص القانون الإنجليزى فى مادته السادسة من قانون الجنسية لسنة 1981م وملحق 1 ، 3 ، وذات الحل يتبناه القانون الصينى لسنة 1980م فى مادته السابعة [1] وكذا قانون دولة لكسمبرج لعام 1968م والمعدل فى عامى 1975 – 1977م، والذى يخفض مدة الإقامة من عشر سنوات إلى خمس سنوات فى حق الأجنبى الذى يتزوج مواطنة . [2]

ومن الدول التى سلكت ذات النهج المكسيك، الأرجنتين، إسرائيل. [3]

---

(1)د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون ..... صـ222 ، د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية .... صـ 128 ، صـ 129 ، أثر انعقاد الزواج – صـ 29 ، د/عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة المتزوجة – صـ 45

(2)د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون .... صـ222 .

(3)د/ حسام الدين ناصف – أثر انعقاد الزواج ...... – صـ30

القسم الثانى : القوانين التى أعفت الزوج من شرط الإقامة

خرقت تونس ما يشبه الإجماع العربى خرقاً بعيد المدى، وذلك بإعفائها الأجنبى الذى يتزوج من تونسية من شرط الإقامة فلم تتطلب مدة معينة فى حقه شريطة أن يكون الزوجان مقيمين فى تونس عند تقديم طلب التجنس للزوج الأجنبى وذلك فى الفصل 21 / 2 من قانون الجنسية التونسية [1]

ومن الدول الغربية التى تعفى الزوجَ الأجنبىَّ الذى يتزوج وطنيةً من شرط الإقامة أذكر قانون الجنسية الهولندية لسنة 1985م فى المادة 8 / 2 منه والتى تنص على إعفاء الأجنبى الذى يتزوج من هولندية منذ ثلاث سنوات على الأقل من شرط الإقامة الخمسية المتطلب للتجنُّس العادى، وكذا المادة 7/ب من قانون الجنسية التركية رقم 403 الصادر فى 11 فبراير 1964م والمعدل فى عام 1981م، وكذلك قانون الجنسية السويدى فى مادته 2/6 من القانون الصادر فى 22 يونيو 1950م،والقانون النرويجى فى مادته 2/6 من القانون الصادر فى 8 ديسمبر سنة 1950م، والقانون الدانمركى فى مادته 44 من الدستور الدانمركى الصادر فى يونيو 1953م . [2]

وفى فرنسا يستوى الأمرُ بين الرجل والمرأة فى اكتساب الجنسية الفرنسية فسواء كان الزوج هو الأجنبى أو كانت الزوجة هى الأجنبية،

---

(1)د/ هشام صادق وآخرون – القانون .... – الكتاب الثالث – صـ202 .

(2)انظر فى عرض القوانين السابقة وتصنيفها : د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون .... – صـ222 ، 223 ، د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية .... – صـ129 ، أثر انعقاد الزواج ..... – صـ30 ، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة المتزوجة .... – صـ45 ويضيف إلى ما سبق القانون الإيرانى .

يمكن لطالب التجنس منهما أن يطلب الجنسية الفرنسية بناء على إعلان عن رغبته، وذلك ما لم يكن مدوناً وفق المادة 79 من قانون الجنسية أو موضوعاً لقرار طرد أو تحديد إقامة، كما يجوز للحكومة الاعتراض على ذلك إذا لم يكن الزوج أهلاً لذلك كعدم إلمامه باللغة الفرنسية أو غياب الحياة المشتركة الفرنسية بين الزوجين أو توقفها ويخضع ذلك لرقابة مجلس الدولة، وطبقاً لقانون الجنسية الفرنسية الصادر فى 22 يوليو سنة 1993م، والذى أدرج فى نصوص القانون المدنى 21 / 19 / 2 والذى يجيز التجنُّس بدون شرط الإقامة الخمسية للزوج الأجنبى للفرنسية .[1]

النتائج المترتبة على العرض السابق

يتضح من هذا الفصل أن هناك اتجاهات ثلاثة :- أولها: منع التسوية بين الزوج والزوجة فى اكتساب الجنسية وهو منهج الفقه الإسلامى والقانون المصرى وغالبية قوانين الدول العربية وبعض الدول الغربية . والثانى وهو التسوية المطلقة بين الرجل والمرأة فى مجال الجنسية وهو منهج محدود فى أرض الواقع . والثالث: وهو الذى خفف من شروط التجنس العادى فى حق زوج الوطنية أو أعفاه من هذه الشروط .

---

(1)انظر فى قانون الجنسية الفرنسية :-

- BEN ABEUT (a) , Droit civil , op .cit , No , 151 p133 et . s
  مرجع سابق
- CED H , 2 , mars 1992 , D . 1993 , Somm 388 I j . c . p . 1993 103 , p 79 .
- C : v . ine 17 jwin 1980 , Rev . cnitooip , 1981 . p 73 .
- Rev . cnit Dip 2004 , p 745 , comde cass 17 fev . 2004 .

ترجمة د/ نادية فرج

د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة .... – صـ69 ، 70 .

د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون .... – صـ223 .

د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية ..... – صـ189 .

والواقع أن المرجعية الحقيقية وراء هذه الاتجاهات هى الكثافة السكانية، فدول ذات كثافة سكانية عالية كمصر تمنع إعطاء جنسيتها للزوج الأجنبى الذى يتزوج من مصرية .



الفصل الرابع

أثر الزواج المختلط على جنسية الأبناء

ويشتمل على مبحثين :-

المبحث الأول : تأثر جنسية الأبناء بالأب .

المبحث الثانى : تأثر جنسية الأبناء بالأم

مما لا ريب فيه أن زواج الوطنى والأجنبى يثمر عن أبناء، وهؤلاء الأبناء عوان بين الأمهات والآباء، فإلى أىّ منهما ينتمون ؟ الأب أم الأم يلتحقون ؟

لم تتحد الإجابة على هذا السؤال فى التراث الإنسانى، فقد غلّب البعضُ جانبَ الأب على الأم، وقد غُلِّبتْ الأمُّ على الأب عند البعض، وقد استوى الأمر بينهما عند البعض الآخر، لذا أقسِّم هذا الفصل إلى مبحثين أخصص لتأثير جنسية كل من الزوجين على الأبناء مبحثاً منهما وذلك على النحو التالى :-

المبحث الأول : تأثر جنسية الأبناء بالأب .

المبحث الثانى : تأثر جنسية الأبناء بالأم

المبحث الأول

تأثر جنسية الأبناء بالأب .

غالباً ما يتأثر الأبناءُ بجنسية الأب الذى قد يكون وطنياً أصيلاً ، أو طارئاً وذلك باكتساب جنسيته ، وقد يكون التأثير سلبياً على الأبناء يفقدون به الجنسية تأثراً بالأب ، وقد يكون لهم الاحتفاظ أو الاسترداد ، ولهذا أُقَسِّم هذا المبحث إلى مطلبين . أخصص الأول منهما للحديث عن اكتساب الجنسية تبعاً للأب ، والثانى عن فَقْد أو استرداد الجنسية .

المطلب الأول

اكتساب الجنسية بالتبعية للأب

تنظر الإنسانية كلُها إلى الرجل على أنه رب الأسرة المدبر لشئونها والذى ينتمى الجميعُ إليه .[1] وهو رأس المرأة المتبع[2] وهو رئيس الأسرة ومباشر هذه المهمة للصالح المشترك لها[3] كما أنه السيد

---

(1)وذلك كما هو الحال فى الشريعة اليهودية ، حيث إن الزوج هو رب الأسرة ، والأسرة لديهم أسرة أبوية وتنتسب الزوجة وجميع الأبناء إلى الأب . انظر فى ذلك بالتفصيل : د/ محمد على الصافورى – نظرات فى شريعة اليهود – الولاء للطبع والتوزيع – شبين الكوم – 1995م – صـ131 .

(2)وذلك كما فى شريعة النصارى . فقد ورد فى رسالة بولس إلى أهل أفسس " أيها النساء ... لأن الرجل هو رأس المرأة . " الإصحاح الخامس – عدد 22 ، 24 . وفى العرض والتعليق د/ سمير تناغوا – أحكام الأسرة – منشأة المعارف 1967/1966م – صـ166 .

(3)كما هو مضمون المادة 213 والمعدلة بقانون 18 فبراير 1938م ومستبدلة بالقانون الصادر فى 22 سبتمبر 1942م من التشريع الفرنسى . انظر لمزيد من التفصيل مرجع القضاء فى تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب – الكتاب الأول – التشريع=

المقدم[1] ولما كانت هذه صفاته فقد رُجِّحَتْ كفتُه دائماً فى مجال جنسية الأولاد ، ولكن جنسية الأب قد تكون أصلية أو طارئة ومن هنا ينبغى تحديد كل منهما على استقلال .

الفرع الأول

اكتساب جنسية الأب الأصلية

تواترت النظم الإنسانية جمعاء على إلحاق الولد بأبيه فى جنسية هذا الأب ومن هذا القبيل :-

أولاً: الفقه الإسلامى :

حيث يلتحق الابن بأبيه فى جنسيته فى عدة أحوال من أهمها :-

(1) إذا كان الأب مسلماً وسواء فى ذلك كانت الأم مسلمة أو غير مسلمة ، وذلك أن رسول الله ﷺ قال : " كل إنسان تلده أمه

=الفرنسى فى الأشخاص – د/ حسين شوقى وآخرون – دار النشر للجامعات المصرية – 1950م صـ122

(1)وذلك كما فى قول الله – سبحانه وتعالى – " وألفيا سيدها لدى الباب " سورة يوسف – جزء آية 25 وهى سيادة تقتضى الطاعة والإخلاص للزوج ، بحيث إذا قتل الزوج زوجته وهى متلبسة بالزنا لا يعاقب على ذلك كما كان الحال عليه فى مصر يومئذ ، انظر فى السلطة الزوجية فى مصر القديمة : د/ فتحى المرصفاوى – تاريخ القانون المصرى – دار الفكر العربى 1978م – صـ105 ، وهو يختلف عن الزواج بالسيادة الذى تدخل الزوجة فيه تحت سلطة الزوج فى القانون الرومانى القديم . انظر فى عرضه تفصيلاً : د/ فتحى المرصفاوى السابق – صـ88 وما بعدها ، وانظر أيضاً " د/ سمير عبد المنعم أبو العينين – مدى التقارب والتباين فى الطابع الحضارى لأهم نظم وشرائع مجتمعات العصور القديمة دراسة مقارنة – القاهرة – 2001 / 2002م – النهضة العربية – صـ334 ما بعدها ، صـ373 .

على الفطرة وأبواه بعد يهودانه ويمجسانه فإن كانا مسلمين فمسلم ... "[1] وإن كان الحديث نص على التبعية الدينية فمن باب أولى التبعية الدنيوية تكون كذلك، حيث يتبع المسلم جنسية أبيه المسلم وقد نصَّ أكثرُ الفقهاء على هذه التبعية فمن ذلك قول البعض : " وإذا كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه "[2] أى سواء كان الزوج أو الزوجة فالولد تبع له فى الدين والدنيا .

(2) إذا كان الأب وطنياً غير مسلم يلحق به الابن فى دينه وجنسيته وهذا عند الإمام مالك ﷺ حيث قال : " إذا تزوج حربيٌ قبرسيةً فولده فئ، وإن تزوج قبرسيٌ حربيةً فولده فى عهده "[3] والمراد هنا من قوله أن الزوج الوطنى يتبعه الولد، أما الزوجة إذا كانت هى الوطنية والزوج غير وطنى فلا يتبعها الولد فى جنسيته، بينما اشترط الحنفية على ما

(1)رواه مسلم بسنده عن أبى هريرة ﷺ انظر : صحيح مسلم – مكتبة الإيمان – كتاب القدر – حديث رقم 25 صـ1319 ، ورواه البخارى بلفظ آخر – صحيح البخارى – تحقيق طه عبد الرؤوف سعد مكتبة الإيمان – كتاب الجنائز – باب : ما قيل فى أولاد المشركين – صـ285 .

(2)الشيخ عبد الغنى الغنيمى الحنفى – اللباب فى شرح الكتاب – المكتبة العلمية – بيروت – لبنان – جـ3 – صـ29 وهو ذات النص فى شرح فتح القدير – جـ3 ، صـ287 ، وكذا فى البناية شرح الهداية للإمام العينى – دار الفكر جـ4 – صـ780 .

(3)انظر ذلك : الإمام أبى محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبى زيد القيروانى – النوادر والزيادات على ما فى المدونة عن غيرها من الأمهات – تحقيق : د/ محمد حجى – دار الغرب الإسلامى – مجلد 4 – صـ594 ، وانظر المدونة الكبرى للإمام مالك ﷺ رواية سحنون – مطبعة السعادة – جـ3 – صـ307 .

سبق أن يكون الزوج أفضل ديناً من الزوجة[1] وذلك بمعنى أن يكون الزوج الوطنى غير المسلم من أهل الكتاب مثلاً والزوجة مثله أو أقل منه، أما إذا كانت الزوجة غير الوطنية أفضل ديناً من الزوج كأن كانت من أهل الكتاب وهو من غير أهل الكتاب من المشركين فلا يتبع الولد أباه وإنما يتبع أمَّه هنا، ولكن اشتراط الحنفية هذا ليس ذا بال مع ما سبق من النقل عنهم من دخول الزوجة فى جنسية الزوج وليس العكس ومادام أن ذلك كذلك فإن الولد سوف يصبح وطنياً فى كل الأحوال أى سواء كان الزوج أفضل ديناً أم الزوجة لأنهما وطنيان .

ثانياً:- القانون المقارن

تقوم القوانين المختلفة على الاعتداد بجنسية الأب عند التحدث عن جنسية الأبناء وذلك بصفة أصلية فى أغلب القوانين العربية والإسلامية وإعطاء دور احتياطى أو تكميلى للأم فمن هذا القبيل أذكر قانون الجنسية السعودية[2] فى مادته السابعة فقرة 7 بقولها : " يكون سعودياً من وُلِدَ داخل المملكة العربية السعودية أو خارجها لأب سعودى " وذلك مع النص على ما يعرف لديهم بالجنسية الثانوية أو حق الدم الثانوى من جهة

(1)الإمام العينى – البناية فى شرح الهداية – جـ4 – صـ780 ، حيث يقول : " ولو كان أحدهما " أى الزوجين " كتابياً والآخر مجوسياً ، فالولد كتابى لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر له .

(2)من القانون رقم 4 لعام 1374هـ ، وقد ورد هذا الحكم فى كافة أنظمة الجنسية السعودية فقد تضمنته المادة الثانية من نظام التابعية الحجازية النجدية لعام 1357هـ والمادة السادسة من نظام الجنسية العربية السعودية الأول لعام 1357هـ . لمزيد من التفصيل والشرح انظر : د/ باخشب ، د/ عشوش – أحكام الجنسية – صـ161 ومابعدها .

الأم، وذلك فى حالة جهالة جنسية الأب أو انعدامها، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة بقولها : " يكون سعودياً من وُلِدَ داخل المملكة ... أو خارجها.. لأم سعودية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له " [1] وهو الوضع ذاته تماماً فى القانون الكويتى [2].

بيد أنهم يضيفون للجنسية الثابتة من قبل الأم حالة ما إذا لم يثبت نسب الولد لأبيه قانوناً عند العلم به، وكذا فى حالة جهالة الأب أصلاً. وقد عالجتها بذاتها نصوص القانون الإماراتى الذى لم يخرج عن النطاق الماثل [3] بينما أغفل المقنن القطرى ذكر حق الدم الثانوى للأم وهو أمر منتقد من بعض الفقهاء [4] وقد كان القانون المصرى سائراً على ذات النهج فى القانون رقم 26 لسنة 1975م وما قبله من القوانين وذلك حتى صدر القانون رقم 154 فى 14 يوليو عام 2004م [5] والذى بمقتضاه تمت التسوية بين الأب والأم تماماً فى نقل الجنسية إلى الأبناء، فهل كان موقف القوانين العربية المماثلة وما يلحق بها من قوانين والقانون المصرى قبل

---

(1)من ذات القانون المشار إليه فى الهامش السابق، وانظر فى شروط الاعتداد بهذه الحالة : د/ باخشب ، د/ عشوش أحكام الجنسية – صـ165 وما بعدها .

(2)انظر المادة الثانية من المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م ، وكذا المادة الثالثة . وللعرض والتعليق : د/ باخشب ، د/ عشوش – أحكام الجنسية ... – صـ170 وما بعدها .

(3)انظر المادة الثانية من القانون الاتحادى رقم 17 لسنة 1972م فقرة ب ، جـ ، د .

(4)قانون الجنسية القطرية – رقم 2 لسنة 1961م فى مادته الثانية ، وانظر فى النقد الموجه لمسلك المقنن القطرى هنا : د/باخشب ، د/ عشوش – أحكام .... – صـ81!

(5)وافق عليه مجلس الشعب بتاريخ 27 يونيو 2004م ، وصدر برئاسة الجمهورية بتاريخ 14 / 7 / 2004م ونُشِرَ فى الجريدة الرسمية بذات التاريخ فى عددها 28 مكرر (أ) .

تعديله، هل كان مصدر هذه القوانين هو الشريعة الإسلامية ؟ فى الواقع أن الشريعة الإسلامية بعيدةٌ كلَّ البعد عن هذه التفرقة التى لا صلة لها بالقوامة ولا بالعدل الذى قام عليه الشرع الحنيف، ولكن أعتقد أنها قامت على التقاليد العربية الموروثة ورواسب من نعرات الجاهلية البائدة، وسيأتى مزيدٌ من الإيضاح لهذه المسألة عند الحديث عن دور الأم فى نقل الجنسية لأبنائها وإنما أردتُ هنا أنْ أسجل تبرئةَ ساحة الإسلام من هذه التفرقة .

بينما سوَّت بعضُ القوانين بين الأب والأم فى نقل الجنسية للأبناء ومن هذا القبيل القانون البلجيكى الصادر فى 28 يونيو 1984م فى مادته الثامنة [1] وكذلك قانون الجنسية الفرنسى الصادر فى 9 يناير 1973م وكذا التعديلات الصادرة فى 22 يوليو 1993م وذلك فى المادة 18 فى قانون 1993م والتى تقابل المادة 17 فى قانون 1973م [2] ويطبِّق مبدأَ المساواةِ هذا عددٌ كبيرٌ من الدول الغربية منها قانونَ الجنسية الهولندية لعام 1985 م 1/3، وقانونَ الجنسية البرتغالية لعام 1981 م 1 بند 1، وقانون الجنسية اليابانية لعام 1985 م 1/2، وقانون الجنسية البريطانية لعام 1981 م 1/1 – أ . [3]

---

(1)انظر فى عرضه : د/ أبو العلا على النمر – جنسية أولاد الأم المصرية – دار النهضة العربية – ط2 – صـ35 .

(2)انظر فى قانون الجنسية الفرنسى - Ben abentt (A) DROIT CIVIL .. op . cit ,No , 151 , p 133 et .s - CEDH . 2mar . s . 1992 D . 1993 . SON . 388 IJ . C . P 1993 . 1 . 3629 .
و د/ أبو العلا النمر – جنسية أولاد الأم ... – صـ35 ، 36 .

(3)فى عرض هذه القوانين وغيرها – د/ أبو العلا النمر – جنسية ..... – 37 ، 38 – والذى يشير إلى د/ عكاشة عبد العال – أحكام الجنسية المصرية – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة 1993م – صـ83 وما بعدها .

ثالثاً :- الوضع فى القانون المصرى :

يتمتع المولود لأب مصرىٍ فى ظل قوانين الجنسية المتعاقبة بالجنسية المصرية وذلك طبقاً لنص المادة الثانية فقرة 1 من القانون رقم 26 لسنة 1975م والمعدلة بالمادة الثانية فقرة 1 من القانون 154 الصادر فى 14 يوليو 2004م والتى تستلزم توافرَ شرطين لإمكان تمتُّع المولود لأب مصرى بهذه الجنسية :

الشرط الأول : أن يولد الابن لأب مصرى :

ويرجع فى تحديد الأب المصرى إلى قانون الجنسية المصرى، والعبرة فى ذلك بوقت ميلاد الابن، ولا تعويلَ على نوع هذه الجنسية التى تثبت للأب سواء كانت أصلية أم طارئة، كذلك لا يتوقف ثبوتُ هذه الجنسية على كوْن الأم مصرية أو أجنبية فالأمر سواء، ويدخل الابن فى الجنسية المصرية حتى لو تُوفِّىَ الأبُ قبل أو بعد الميلاد، وكذلك لا عبرة بمكان ميلاد هذا الابن [1]

الشرط الثانى :- ثبوت نسب المولود لأبيه قانوناً :

وهذا الشرط لم ينص عليه فى القانون صراحة، لكن الفقه اشترطه من مضمون القانون وغايته، ومقتضى هذا الشرط ضرورة ثبوت نسب المولود لأبيه قانوناً والمعول عليه فى ثبوت النسب هذا هو القانون المصرى، والقانون المصرى هنا هو أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال

(1)استفيد هذا الشرط من الفقه د/ فؤاد رياض – الوسيط ... – ط5 – 1988م – دار النهضة العربية – صـ163 : صـ168 ، د/ بدر الدين شوقى – الوسيط ... – سنة 2000م – صـ60 ، 61 ، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ... – صـ88 : صـ92 .

الشخصية ، وبالرجوع إلى تلك الأحكام يتضح أن النسب يثبت بالفراش، والبينة، والإقرار .

والأصل فى ثبوت النسب بالنكاح قول النبى ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " [1] وقد أثبت هذا النصُّ الشريفُ النسبَ إلى الزوج صاحب الفراش . وللفقهاء تفصيلاتٌ ليس هذا موضعها [2]

وقد فصَّلَ البعضُ فى طُرق إثبات النسب فى الإسلام تفصيلاً طيباً [3]

(1)روته السيدة عائشة – رضى الله عنها – صحيح البخارى – كتاب الفرائض – باب الولد للفراش – حديث رقم 6749 – صـ1359 ، ورواه مسلم – كتاب الرضاع – باب الولد للفراش – صـ703 ، سنن أبى داود جـ2 – صـ696 – كتاب الطلاق – حديث رقم 2274 .

(2)انظر هذه التفصيلات فى : الإمام العينى – البناية فى شرح الهداية – دار الفكر – جـ5 – صـ452 ، صـ469 وما بعدها ، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة فى القضاء والفقه – العقود مجمع البيان الحديث – سميح عاطف الزين – دار الكتاب اللبنانى ، دار الكتاب المصرى – صـ183 ، والشيخ عبد الله نعمه – دليل القضاء الجعفرى – دار الفكر اللبنانى 1402هـ/ 1982م – صـ115 وما بعدها ، د/ عبد الكريم زيدان – المفصل فى أحكام المرأة والبيت المسلم – مؤسسة الرسالة – ط3 – 1420هـ / 2000م – جـ9 – صـ318 وما بعدها ، د/ عبد الرحمن الصابونى – نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى ضوء الإسلام – دار الفكر – سوريا – 2001م – صـ176 .

(3)وذلك فى الرسالة القيمة لابن القيم فى – الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية فى أحكام السياسة الشرعية – تحقيق سيد عمران – دار الحديث – القاهرة – ط1 – 1423هـ / 2002م – صـ15 ، 61 ، 71 ، 111 ، 180 ، 182 ، 185 ، ومواضع أخرى . وقد أضاف إلى طريق ثبوت النسب القرعة ، والقافة ، ويمكن أن يضاف إليها ما استحدث من مثل تحليل الحامض النووى .

وعلى ما سبق لا يعتد بالنسب الغير شرعي والذى يعرف فى بعض الدول الغربية بالنسب الطبيعى، ولا يعتد بالنسب الصناعى الذى يعرف بالتبنى، فلو أن وطنياً من غير المسلمين - وهو غير ممنوع فى حقهم [1] تَبَنَّى طفلاً أجنبياً، فإن هذا الطفل لا يُلْحَقُ بالمتبنِّى فى الجنسية الوطنية وذلك لأن التبنى لا يصلح سبباً لاكتساب الجنسية فى القانون المصرى [2]

فإذا ثبت نسبُ المولودِ لأبيه قانوناً أصبح وطنياً من حين مولده حتى لو ثبت هذا النسبُ فى تاريخ لاحق على الولادة مع عدم المساس بحقوق الغير حسنى النية الذين تعاملوا مع هذا الشخص بوصفه أجنبياً [3]

الفرع الثانى

اكتساب جنسية الوالد الطارئة

قد يبدأ الوالد حياته بجنسية ما، ثم يعرض له ما يُكسبه جنسيةً أخرى. فهل تلحق هذه الجنسيةُ الجديدةُ بالأولاد؟ وما حدودها ؟

أولاً:- الفقه الإسلامى

اعتدّ الفقهُ الإسلامىُّ بأثر جنسية الأب الطارئة على الأولاد ومن أهم مظاهره :

(1) عند إسلام الأب حيث رتب الفقهاءُ على إسلام الأب صيرورةَ الأولادِ الصغارِ تبعاً لهذا الوالد الذى أسلم، و من ثم لا يجوز سبيهم، وسواء

(1)وقد تعرضت لهذا الموضوع بالتفصيل فى رسالتى للماجستير بعنوان التبنى فى الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية 2006م – صـــ71 وما بعدها .

(2)انظر فى انعدام أثر التبنى على الجنسية فى القانون المصرى رسالتى السابقة – صــ170 .

(3)د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صــ169 .

فى ذلك أسلم الأبُ فى دار الإسلام أم فى غيرها ثم هاجر إلى دار الإسلام وهذا ما عليه جمهورُ الفقهاء . [1]

بينما فرّق البعضُ بين إسلامه فى دار الإسلام أو فى غيرها فقال الحنفية [2] إن أسلم فى دار " غير المسالمين " وهاجر إلينا ثم ظهر المسلمون على هذه الدار، فأولادُه الصغارُ تبعٌ له فى الإسلام، وإن أسلم فى دار غير المسالمين فأولاده فئ ولا يتبعونه ويناصرهم فى هذا بعضُ المالكية [3] ولا معنى لهذه التفرقة ولا مستند لهم وقد ردها البعض بشدة [4] ونزولاً على ما قال به الجمهور فإن الجنسية الطارئة التى لحقت الأب بإسلامه تلحق صغارَ الأولاد وهو من لم يبلغ الحلُمَ منهم .

(2) دخول الجنسية بالتبعية للوالد غير المسلم :

حيث قرَّر الفقهاءُ بأن الصبىَّ الصغيرَ يدخل الجنسيةَ تبعاً لوالده " الذمىِّ " و يفهم ذلك من أمرين : الأول :- أن الفقهاء قالوا لا جزية على صبى ولا امرأة ولا مجنون . قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى

(1)المغنى – جـ8 – صــ94 ، 428 ، كشاف القناع – جـ3 – صـــ58 ، ومغنى المحتاج – جـ4 – صــ226 ، والأم للإمام الشافعى – جـ4 – صــ245 ، كتاب النيل وشفاء العليل ، وشرحه – جـ6 – صــ305 ، والأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية – الشيخ/ عبد الكريم الحلى – صـــ45 ، 46 ، ابن حزم الظاهرى المحلى بالآثار – جـ5 – صــ364 ، 382 .

(2)شرح فتح القدير – جـ3 – صــ274 ، بدائع الصنائع – جـ7 – صـــ105 ، 106 – شرح السير الكبير جـ5 – صــ103 .

(3)المدونة الكبرى – جـ2 – صــ19 ، النوادر والزيادات – مجلد 4 – صــ594 .

(4)انظر فى رد مذهب الحنفية هذا : ابن حزم – المحلى – جـ5 – صــ364 وما بعدها

هذا [1] وذلك لأن القتلَ منهيٌّ عنه فى حق هؤلاء فمن ذلك حديثُ ابن عمرَ قال : " وُجدت امرأة مقتولة فى بعض مغازى رسول ﷺ فأنكر رسولُ الله ﷺ قتل النساء والصبيان " [2] وقد قال ﷺ فى حديث آخر : " لا تقتلوا ذريةً ولا مسناً " [3] كما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أنه كتب إلى أمراء الأجناد أن يقاتلوا فى سبيل الله ... ولا يقاتلوا إلا من قاتلهم، ولا يقتلوا النساءَ والصبيانَ، ولا يقتلوا إلا من جرت عليه المواسى " [4]

وقد جعل جريان المواسى وإنبات الشعر فى الوجه والعانة دليل على البلوغ ومن ثم استحل قتلهم فى حالة الحرب . فكل هذه الأدلة تفيد أن الابن قبل البلوغ تابع لوالده وليس له حكم مستقل، وبالتالى يتبع والده فى دخول الجنسية .

---

(1)ذكره ابن القيم ونقل عن ابن المنذر مثله – أحكام أهل الذمة – تحقيق سيد عمران – دار الحديث – جـ1 صـ43 .

(2)صحيح البخارى – كتاب الجهاد والسير – باب قتل الصبيان فى الحرب – حديث رقم 3014 – صـ631 ، وصحيح مسلم – كتاب الجهاد والسير – باب تحريم قتل النساء والصبيان فى الحرب – حديث رقم 1744 صـ880 .

(3)حسن صحيح : أخرجه أبو داود فى سننه – جـ3 – صـ1156 – حديث رقم 2669 – ط/ دار الحديث ، وابن ماجة فى سننه – جـ3 – صـ948 – حديث رقم 2842 وأحمد فى مسنده – جـ3 – صـ488 ، وابن حبان فى صحيحه – جـ11 – صـ101 – حديث رقم 4789 ، والحاكم فى المستدرك – جـ2 – صـ133 وقال : صحيح على شرط الشيخين .

(4)الأثر عن سيدنا عمر روى عن أبى عبيدة عن إسماعيل بن إبراهيم عن أيوب عن نافع عن أسلم مولى ابن عمر قاله : انظر أحكام أهل الذمة – ابن القيم – جـ1 – صـ43. والموسَى : آلة يحلق بها الشعر والجمع : مواسٍ . المعجم الوجيز – مجمع اللغة العربية – صـ 594 .

والأمر الثانى أن الفقهاء قالوا : إن بلغ الصبىُ لم يحتج إلى تجديد عقد ذمة بل العقد الأول يتناول " الأباء " ومن لم يبلغ من أولادهم، ومن الفقهاء من اشترط تجديدَ العقد عند البلوغ حيث قالوا : " ولو بلغ ابنُ ذمى ولم يبذل جزية ألحق بمأمنه وإن بذلها عقد له " [1] ولكن الراجح عدم تجديد العقد حيث إنه لم ينقل عن السلف الصالح ما يوجبه، ولأنهم دخلوا فى العقد تبعاً لآبائهم كما يدخلون فى الهدنة معهم تبعاً . [2]

ثانياً :- القانون المقارن

عندما يحصل شخصٌ أجنبيٌّ على جنسية أخرى فإن الحديث يثار عن وضع أولاد هذا الشخص، فهل يدخلون هذه الجنسية ؟ وهل الأمر سواء فى البالغين والقاصرين ؟ وما مدى هذه التبعية للأب ؟ وللإجابة على هذه التساؤلات أعرض لأمرين :-

(1) التمييز بين الراشدين والقُصَّر فى التأثر بجنسية الأب المكتسبة :

أما عن الأولاد البالغين سنَّ الرشد فالأصلُ عدمُ تأثرهم بجنسية الأب المكتسبَة، وذلك لكمال أهليتهم تلك التى هى مدار منح الجنسية، بيد أن بعض القوانين خفَّفَتْ شروطَ التجنُّس فى حق أولاد المتجنِّس البالغين ومن ذلك ما تقرره المادة 14 / ب من نظام الجنسية السعودى الصادر سنة 1374هـ، حيث جعلت الإقامةَ فى حقهم خمسَ سنواتٍ فقط وبشرط تقديم طلب بذلك فى خلال سنة من تاريخ منْح الجنسية للوالد، ثم إن الأمر بعد

---

(1)النص لمغنى المحتاج – الشربينى – جـ6 – صـ66 .

(2)ابن القيم – أحكام أهل الذمة – جـ1 – صـ46 .

د/ حسام الدين فتحى ناصف – نظام الجنسية فى القانون المقارن – دار النهضة العربية 2007 – صـ118 ، 119

ذلك جوازيٌّ لوزير الداخلية [1] بينما جعل قانون الجنسية القطرية رقم 38 لسنة 2005م هذه المدة خمسَ عشرة سنة من تاريخ أول إقامة لهم [2] غير أن القانون السورى قد هبط بتلك المدة إلى سنتين بدلاً من خمس سنوات، وذلك فى القانون رقم 276 لسنة 1969م المادة الرابعة فقرة " ب " [3]

ومن ذلك أيضاً القانون الفرنسى الصادر فى 22 يوليو سنة 1993م فى المادة 19/21 فقرة 2 مدنى التى تقرر أن الولد البالغ لشخص يكتسب أو اكتسب الجنسية الفرنسية يعفى من شرط الإقامة وهى خمس سنوات حسب المادة 17/21 . [4]

وكذا ما تقرره المادة 15 من قانون الجنسية البلجيكى لسنة 1932م . [5]

أما الأبناء القصر للمتجنِّس فالوضعُ الغالبُ فى القوانين المقارنة على دخول الأبناء القصر فى جنسية الوالد " المتجنِّس " غير أن قلةً من القوانين ما لا يُدْخِلُ الأبناء القصر فى جنسية أبيهم ومن ثم يتعيَّن عليهم الانتظارُ حتى بلوغ سن الرشد وإتباع طريق التجنُّس إذا أرادوا اللحاق بجنسية الوالد ومن هذا القبيل المادة 20 من قانون الجنسية البرازيلى الصادر سنة

(1)د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية – صـ119

(2)د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية – صـ119 .

(3)انظر فى عرض القانون الفرنسى :

- Benabent (A) DROIT CIVIL op . cit ,No , 151 , p 133 et .s
- CEDH , 26 maRS 1992 , D . 1993 , somm 388 ij . c . p . 1993 . 1 . 36 79 .
- Rev . Cnit . Dip . 2004 , p . 745 , coundo cass – 17 fev . 2004 .

(4)د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية – صـ119 .

(5)د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية – صـ120 .

1949م، وقانون الجنسية الليبى لسنة 1980م حيث لا يتضمن المذكور إشارةَ للأولاد القصَّر فى مجال اكتساب الجنسية . [1]

(2) مدى تبعية الأبناء القصر للآباء فى التجنس

تدور النظم القانونية فى فلك إحدى نظريتين، أولاهما نظرية استقلال الجنسية ومعناها عدم تأثر جنسية الأبناء بجنسية الآباء الجديدة، وهى تقوم على العديد من الاعتبارات فمنها أن دخول الأبناء تبعاً للآباء قد يُدْخِلُ عناصرَ غيرَ مرغوبٍ فيها فى شعب الدولة، كما أن هذه التبعية تنافى الإرادةَ التى هى جوهرُ التجنُّس وقد اعتدّ بهذه النظرية قوانينُ بعض الدول كالقانون اليابانى لعام 1985م م 6، 8، حيث إن الأولاد لا يكتسبون الجنسية اليابانية إلا بناءً على قرار من وزير الداخلية، والإقامة ثلاث سنوات باليابان، وكذلك قانون الجنسية البرتغالى لعام 1981م فى مادته الثانية، وقانون الجنسية الإنجليزى لعام 1981م مادة 3/1، وقانون الجنسية السودانى لعام 1957م – والصينى لعام 1980م مادة 14 وغيرها [2]

بينما تقوم فى المقابل نظريةُ التبعية، وبمقتضاها يمتدّ أثرُ تجنُّس الأب إلى الأولاد بحيث تتغيَّرْ جنسيتُهم بقوة القانون، فيتبعون الأبَ فى ذلك، وتقوم هذه النظريةُ على اعتباراتٍ عدة منها، الشبهُ بين الأولاد القُصَّر والآباء، يجعل ذات الاعتبار المعنى فى الأب هو بذاته ما فى الابن .

(1)د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية – صـ122 .

(2)انظر فى عرض هذه القوانين ومبررات النظرية الماثلة – د/ أحمد سلامة – المبسوط .... – صـ586 وما بعدها. د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية – صـ120 وما بعدها ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد – القانون الدولى الخاص .... الجنسية – صـ228 .

كما أن الإرادة لا يُعوَّلُ عليها إلا عند اكتمال أهلية الشخص والقاصر ناقص الأهلية . كما يؤدى الأخذ بهذه النظرية إلى توحيد القانون الواجب تطبيقه فى منازعات الأحوال الشخصية بين أفراد الأسرة الواحدة [1]

وتظهر هذه النظريةُ فى أغلب النظم القانونية من ذلك قانون الجنسية الهولندية لعام 1985م مادة 1/11 ، وقانون الجنسية الزائيرى الصادر فى 29 يونيو 1981م مادة 14 [2] وقانون الجنسية الفرنسى الصادر فى 22 يوليو 1993م فى مادته 1/22 [3] وأكثرُ القوانين العربية على هذه النظرية [4]

---

(1)فى عرض هذه النظرية ومبرراتها : د/ أحمد سلامه – المبسوط .... – صـ589 وما بعدها .

(2)فى عرض هذه القوانين وغيرها : د/ أحمد سلامة – المبسوط .... – صـ591

(3)فى القانون الفرنسى - Droitcivil Le Famille , op . cit ,No , 151 , p 133.
- CEDH , 26 mar . S . 1992 , D . 1993 , somm 388 ij . c . p . 1993 . 1 . 36 79 .
أبو العلا النمر – جنسية أولاد الأم .... – صـ36 .

(4)ومنها العمانى لعام 1983م – مادة 4 والإمارات لعام 1975م مادة 10 والقطرى لعام 1961م مادة 39 ، والكويتى لعام 1959م مادة 7 معدلة عام 1980م ، والسورى لعام 1969م مادة 2/8 ، 3 . والجزائرى لعام 1970م مادة 17 ، والتونسى لعام 1963م فصل 25 ، والمغربى لعام 1958م فصل 18 – انظر : د/ أحمد سلامه – المبسوط .. صـ592 ، د/ أبو العلا النمر – جنسية أبناء الأم – صـ37 وما بعدها، د/ حسام الدين ناصف – نظام الجنسية صـ122 وما بعدها .

ثالثاً :- القانون المصرى : [1]

حيث نصت المادة 2/6 على حكم أولاد المتجنس القصر بقولها : "أما الأولاد القصر فيكتسبون الجنسيةَ المصريةَ إلا إذا كانت إقامتهم العادية فى الخارج وبقيت لهم جنسية أبيهم الأصلية طبقاً لقانونها ، فإذا اكتسبوا الجنسيةَ المصريةَ كان لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية وتزول عنهم الجنسية المصرية متى استردوا جنسيةَ أبيهم طبقاً لقانونها "

ويتضح من هذا النص اعتناقُ المقننِ المصريِّ لنظرية التبعية من حيث الأصل مع عدم إغفاله لنظرية الاستقلال، وذلك تلافياً لعيوب التبعية المطلقة ويلاحظ على هذا النص عدة أمور أهمها :- أن النص فرَّق بين الأبناء القُصَّر المقيمين فى مصر وبين المقيمين فى الخارج، فالمقيمين منهم فى مصر يكتسبون الجنسيةَ المصريةَ بالتبعية للأب، وبقوة القانون، وبغضِّ الطرف عن موقف الدولة الأولى للجنسية بينما لا تمتد الجنسيةُ المصريةُ إلى المقيمين فى الخارج إذا ظلوا محتفظين بجنسيتهم الأجنبية ، فإن كان قانونُ جنسية الأب السابقة يجردُهم منها امتدت إليهم الجنسيةُ المصريةُ هنا تلافياً لانعدام الجنسية . ومن جهة أخرى وتأكيداً على تلافى عيوب التبعية المطلقة، قرَّر النصُّ حقَّ هؤلاء الأبناء فى خلال سنة من بلوغهم سن الرشد اختيار جنسيتهم الأصلية ، وبالتالى تزول عنهم الجنسيةُ المصريةُ .

---

(1)نصت القوانين المصرية المتعاقبة على الحالة الماثلة بدءاً من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1929م ومروراً بقانون عام 1950م م 8 ، وبقانون عام 1956 م 3/8 ، وبقانون عام 1958 م 3/12 ، وانتهاء إلى القانون رقم 26 لسنة 1975م وذلك فى المادة 2/6 منه ، وانظر فى عرض هذا التاريخ :د/ أحمد سلامه – المبسوط ...... – صـ592..

وقد استنبط الفقهاءُ عدةَ شروط من النصِّ الماثل لكى يكتسب الأولادُ الجنسيةَ المصريةَ بالتبعية للأب :

الشرط الأول :- أن يكونوا قُصَّراً .

ومفاد هذا الشرط استلزام كون هؤلاء الأبناء ذكوراً كانوا أو إناثاً قُصَّراً لم يبلغوا سن الرشد ، ويخضع تحديدُ سنِّ الرشد للقانون المصرىِّ، وذلك ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية (1)

الشرط الثانى :- ثبوت نسب هؤلاء الأبناء من أولئك الآباء : (2)

حيث لا يمكن إعمال النصِّ الماثل إلا إذا ثبت نسبُ هؤلاء الأبناء ثبوتاً قانونياً ، ويعد القانون الأصلح للأولاد وهو الأكثر تيسيراً (3) فى إثبات النسب هو الواجب التطبيق فى بيان مدى ثبوت النسب وعدمه، سواء أدى ذلك إلى تطبيق القانون المصرى أو الأجنبى .

---

(1) د/ أحمد سلامه – المبسوط .... – صــ593 ، 594 ، د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون الجنسية ومراكز الأجانب – 2003 – صــ216 .

(2) انظر بالتفصيل : د/ أحمد سلامه – المبسوط ...... – صــ594 : 596 .

(3) وهذا هو رأى د/ أحمد سلامه – المبسوط ..... – صــ596 حيث عرض لرأيين سابقين ويقوم أولهما على عقد الاختصاص للقانون الواجب تطبيقه على الحالة الشخصية للأب وهو قانون الدولة التى اكتسب جنسيتها ، ويقوم الرأى الثانى على إعطاء ذلك الاختصاص للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد سواء أرشدت إلى قانون الولد الأصلى أو قانون الوالد الطارئة ، ثم يقول سيادته : وعلى خلاف الرأيين السابقين ، فإننا نقترح تطبيق القانون الأصلح لمصلحة الولد القاصر وذلك تلافياً لانعدام الجنسية .

الشرط الثالث :- أن تكون إقامتُهم العاديةُ فى مصر أو كانت فى الخارج وفقدوا جنسيتَهم لتجنُّس الوالد (1)

ويقوم هذا الشرط على بديلين أحدهما يغنى عن الآخر ، فإذا كانت إقامة هؤلاء الأبناء القُصَّر العادية فى مصر اكتسبوا الجنسية المصرية بالتبعية للوالد وبصرف النظر عن موقف القانون الأجنبى لجنسيتهم الأصلية . والبديل الثانى يتحقق فى حالة ما إذا كانت إقامتهم فى الخارج سواء كانت تلك الإقامة فى بلدهم الأصلى أو بلد آخر، ولكن بشرط خروجهم من جنسيتهم الأصلية كأثر مباشر على تجنُّس والدهم بالجنسية المصرية ، أما إذا فقدوا جنسيتَهم الأصليةَ لسبب آخر فلا محل للحديث عن الحالة الماثلة . وعلى ذلك إذا ما تحقق أيٌّ من البديلين المذكورين مع الشرطين السابقين اكتسب هذا القاصرُ الجنسيةَ المصريةَ وذلك بقوة القانون ومن تاريخ حصول والده عليها ، وتثبت هذه الجنسية وتستقر فى حقهم متى جاوزوا الثانية والعشرين من عمرهم ولم يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية ، فإذا ما فعلوا زالت عنهم الجنسية المصرية متى استردوا جنسيةَ أبيهم طبقاً لقانونها (2)

وبعد هذا العرض السابق فى الفرعين السابقين، فإن الشرائع الإنسانية شديدة الشبه والتقارب إلى درجة قد تصل إلى حد التماثل ولا عجب حيث إن أصل الإنسان واحد واتفاق الإنسانية إنما يعنى الرجوع إلى الفطرة السوية .

---

(1) جاءت صورة الشرط الماثل لدى : د/ أحمد سلامه بـ : أن تكون إقامتهم العادية فى مصر وبدون الشطر الثانى من الشرط – المبسوط .... – صــ596 .

(2) انظر فى الأثر المترتب على توافر شروط الحالة الماثلة بالتفصيل : د/ أحمد سلامه – المبسوط ... – صــ600 وما بعدها

النتائج المترتبة على المطلب الأول

اتضح من العرض السابق أن الأب له دورٌ كبير فى كافة الأنظمة فى نقل الجنسية للأبناء، وقد جاء القانونُ المصريُ متفقاً مع الفقه الإسلامى فى النتيجة أو المحصلة النهائية لتنظيم المسائل المعروضة آنفاً ومن أهم مظاهر ذلك :-

فمن جهة : يكتسب الابنُ جنسيةَ أبيه الأصلية متى وُلد لأب مسلم أو مصرى بحسب لغة الفقه الإسلامى والقانون .

ومن جهة ثانية : يكتسب الابنُ جنسيةَ أبيه الطارئةَ متى أسلم أبوه أو تجنَّس بجنسية الدار [الدولة] بحسب الفقه الإسلامى والقانون المصرى .

ومن جهة ثالثة : فإنه يشترط فى الابن فى حالة اكتساب جنسية والده الطارئة أن يكون هذا الابن قاصراً فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى .

ومع ذلك تمايز القانون والفقه الإسلامى من عدة نواحٍ :-

فمن جهة : " أساس منْح الجنسية " فإن أساس منْح الجنسية فى الفقه الإسلامى وكما سبق بيان ذلك إنه الإسلام فى حق المسلم وغير المسلم الذى يخضع لأحكام الإسلام، أما أساس منْح الجنسية فى القانون المصرى فهى القوانين المنظِّمة لمادة الجنسية والتى يغلب عليها الصفةُ العلمانيةُ .

ومن جهة ثانية : " تقسيم المستحق للجنسية " فإن الفقهَ الإسلامىَّ قسَّم وفرَّق بين الأب المسلم والابن المسلم من جانب ومن جانب آخر الأب والابن غير المسلمين، بينما فرَّق القانونُ بين الأب المصرى والأب غير المصرى

. وبرغم تفريق الفقه الإسلامى بين المسلم وغير المسلم فى التنظيم إلا أنه لا فرق بينهما فى الأحكام فكلاهما يؤثر فى جنسية الأبناء على حد سواء .

المطلب الثانى

فَقْد أو استرداد الجنسية تأثراً بالأب

قد يتخلى الوالد عن جنسيته على نحو يؤثر على أولاده، ثم يحلو له الاحتفاظُ بهذه الجنسية أو استردادها فما أثرُ ذلك على الأولاد ؟

للإجابة على هذا السؤال أُقسِّم هذا المطلبَ إلى عدة فروع :-

الفرع الأول

فقْد الأولاد لجنسيِّتهم تأثراً بالوالد

إذا كانت القاعدة أن الولد يتبع أباه دائماً، فهل تسرى على حالة فَقْد الوالد لجنسيته أم أن الأمر مختلف ؟

الفقه الإسلامى

إن الوطنى فى دار الإسلام قد يتعرض لما يفقد به جنسيتَه أو قد يتعمد تَرْكَ هذه الجنسية وذلك باللحوق بدار غير المسلمين والانقطاع عن دار الإسلام، فإذا ما فقد ذلك الوطنيُّ جنسيتَه لأى سبب فإن ذلك الفقْد لا يؤثر من حيث الأصل فى جنسية أولاده فلا يفقدون جنسية دار الإسلام، وهذا ما صرح به بعضُ الفقهاء فمن ذلك قول أحدهم : " وإذا بطل أمانُ رجال لم يبطل أمانُ نسائهم والصبيان فى الأصح ... "[1] وهذا فى حق

---

(1)الشربينى – مغنى المحتاج – جـ6 – صـ85 ، ثم يضيف قائلاً ، لأن الأمان قد ثبت لهم ولم يوجد منهم نقض له فلا يجوز سبْيُهم ، وقيل يبطل لأنهم دخلوا تبعاً فيزول بزواله عن الأصل . أ . هـ

المستأمن الأجنبى وهو فى حق الوطنى أولى ا وفى لفظ أفصح يقول آخر : "ولا ينتقض عهدُ نسائه وأولاده بنقض عهده "[1] فهذا هو الأصلُ أن لا يفقد الولد الجنسيةَ تأثراً بفقْد الوالد لها .

وإن كان هذا هو الأصل فإن استثناء منه بمقتضاه يفقد الأولادُ جنسيةَ دار الإسلام تأثراً بفقْد الوالد لها وذلك فى الحالة التى تؤدى بهم إلى الخروج النهائى من دار الإسلام وعلى غيرنية العودة إلى دار الإسلام . وقد صرَّح الفقهاءُ بمثل هذا فَقَدْ نصَّ الحنفيةُ مثلاً على أن الوطنىَّ غيرَ المسلم إذا لحق بدار غير المسالمين، فإن هذا ينقض عهده ويخلع عنه جنسية دار الإسلام[2] وقال بعضُ الحنابلة : ولا ينتقض عهد نسائه وأولاده إلا أن يذهب بهم إلى دار غير المسالمين[3] وعلى هذا فإذا ترك الأولادُ دارَ الإسلام ولحقوا بالوالد الذى فَقَدَ جنسيةَ الدار على غيرنية العودة إليها فإن هذا يخلع عنهم جنسية الدار .

القانون المقارن

من المتصور أن يتأثر الابنُ بالأب فى فقْد الجنسية وذلك على صور أربع :-

أولها :- عند فقْد الوالد الجنسية الأصلية بالتجنُّس بجنسية أجنبية.

وقد نصَّ على هذه الصورة المقنِّنُ المصرى بالمادة 2/11 من القانون رقم 26 لسنة 1975م بقولها : " أما الأولادُ القصرُ فتزول عنهم الجنسيةُ

---

(1)المرداوى السعدى – الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – جـ4 – صـ244

(2)الكاسانى الحنفى – بدائع الصنائع – جـ7 – صـ112 ، 113 .

(3)ذكره صاحب الإنصاف – جـ4 – صـ244 ، وأشار بهامشه (3) إلى العمدة والعدة(620) .

المصريةُ إذا كانوا بحكم تغيير جنسية أبيهم يدخلون فى جنسيته الجديدة طبقاً لقانونها ... " ويتم إعمالُ هذه المادة فى إطار جملة من الشروط تتمثل فى فقْد الوالد الجنسية الأصلية بطريق قانونى بالتجنُّس بجنسية أجنبية إعمالاً لحكم المادة 1/10 من القانون الماثل، وأيضاً دخول الأبناء القُصَّر فى جنسية الأب الجديدة دخولاً فعلياً[1] فإذا توافرت تلك الشروطُ زالت الجنسيةُ عن الأولاد القصر بالتبعية للأب وذلك بقوة القانون ودون أثر رجعى[2]

ويقضى بذات الحكم القانونُ السعودىُّ مادة 12 بقولها : " أما الأولادُ القصرُ فيفقدون الجنسيةَ العربيةَ السعوديةَ إذا كانوا بحكم تغيير جنسية أبيهم يدخلون فى جنسيته بمقتضى القانون الخاص بهذه الجنسية الجديدة"[3] وهو الحكم بذاته فى القانون الكويتى فى المادة 11 من المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م .[4] بينما يجعل القانونُ البحرينىُّ لهذا الفقْد سببين وذلك بالمادة 9 من قانون الجنسية البحرينية لعام 1963م

---

(1)لمزيد من التفصيل فى شروط إعمال هذه المادة الماثلة فى الفقه : د/ فؤاد رياض – الوسيط ... – صـ232 ، 233 ، د/ عكاشة عبد العال – القانون الدولى الخاص – الجنسية .... دار الجامعة الجديدة – إسكندرية 1996م صـ359 ، 360 ، د/أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون الجنسية .... – صـ266 ، 267 ، وقد أضاف سيادته اشتراط كون الأولاد قصراً ، د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .... – صـ159 ، 160

(2)د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى القانون . – صـ267 ، د/ محمود مصيلحى ، د/صلاح الدين جمال – مبادئ .. صـ160

(3)فى العرض والتعليق : د/ عشوش ، د/ باخشب – أحكام ...... – صـ314 وما بعدها .

(4)فى العرض والتعليق : د/ عشوش ، د/ باخشب – أحكام ...... – صـ564 .

بقولها : " يفقد البحرينى جنسيته البحرينية (أ) إذا تجنس مختاراً .... (ب) إذا تنازل عن جنسيته البحرينية .... 2- إذا فقد شخصٌ الجنسيةَ البحرينيةَ بموجب هذه المادة فَقَدَها معه أولاده القاصرون .[1] وفى فرنسا لا يتأثر الولدُ البالغُ بفقْد الوالد لجنسيته الفرنسية وقد أكدتْ محكمةُ النقض الفرنسية فى أحكامها هذا المعنى [2]

ثانيها : فقد الولد لجنسيته الطارئة التى اكتسبها بالتبعية للوالد :

وهذه الصورة نصَّ عليها القانونُ المصرىُّ فى المادة 2/6 التى تُقَرِّر حقَّ الأولاد القصر عند بلوغهم سنَّ الرشد إمكانية التخلى عن الجنسية المصرية التى اكتسبوها بالتبعية للوالد المتجنِّس، ويشترط لإعمال هذه الصورة أن يكون الابنُ القاصرُ قد بلغ سنَّ الرشد ، وأن يتم هذا التخلى خلال سنة من بلوغ سن الرشد ، وأن يعلن الابنُ رغبته هذه إلى السلطات المصرية ، وأن يسترد الابنُ جنسيتَه الأجنبية بالفعل .[3]

---

(1)فى العرض والتعليق : د/ عشوش ، د/ باخشب – أحكام ...... – صـــ 598 .

(2)فى حكمها الصادر عن دائرتها المدنية الأولى بتاريخ 17 فبراير 2004م قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " فقد الجنسية الفرنسية لا ينتج أى أثر بشأن جنسية الطفل الذى أصبح بالغاً " ويجرى النص بالفرنسية على النحو التالى :-

" L , ambulation d,une de claration dematisnalite francaise ne pyoduit aucun effet surla matiomalite de l,emfamt du declaramt devenu majeur "

وقد استندت محكمةُ النقض الفرنسية صراحة فى هذا الحكم على المادة 1/20 [المادة 29 من قانون الجنسية]

انظر :

- Rev . cnit . D . P . 2004 , P 745 , cow de cass 17 fev . 2004 .
- C : V . LNE 17jwn 1980 , Rev enit . Dip , 1981 . 73 .

(3)فى شرح الحالة الماثلة انظر : د/ عكاشة عبد العال – القانون .... – صـــ358 ، 359 ، د/ أحمد سلامه المبسوط صـــ729 وما بعدها ، د/ محمود مصيلحى ،-

وبمثل هذه الصورة جاءت بعضُ القوانين العربية [1]

ثالثها : سحب الجنسية الطارئة من الأولاد تأثراً بسحبها من الوالد إعمالاً لحكم المادة 15 :

حيث تقضى المادة 15 من القانون المصرى بجواز سحْب الجنسية ممن اكتسبها بطريق الغشِّ أو بناء على أقوال كاذبة خلال السنوات العشر التالية لاكتسابه إياها ، وكذلك فى عدة حالات نصت عليها المادةُ الماثلةُ ، ثم جاءت المادة 17 فرتبت آثاراً عليها بقولها : " يترتب على سحْب الجنسية فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة 15 زوالها من صاحبها وحده ، على أنه يجوز أن يتضمن قرارُ السحب سحبها كذلك عمن يكون قد اكتسبها معه بطريق التبعية كلهم أو بعضهم .... " فالمقننُ جعل أمرَ السحب الخاصِّ بالتابعين جوازياً ، ثم جعله ممكناً فى حق البعض دون الآخرين ، ويبدو أو كما يرى بعضُ الفقهاء[2] أن الذين تسحب منهم الجنسية من التابعين هم من قامت فى حقهم ذاتُ أسباب السحب حتى يكون مبرراً هذا التمييز ، ويرى البعضُ[3] أنه لا يجوز تمديدُ أثر السحب فى الحالة التى يتم سحبُ

-د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .... – صـــ139 وما بعدها ، د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صـــ219 .

(1)على سبيل المثال أذكر م 14 من قانون الجنسية السعودية الصادر برقم 5604/20/8 فى 25 / 1 / 1374هـــ والقانون الكويتى فى المادة 7 من المرسوم الأميرى رقم 15 لسنة 1959م ، والقانون الإماراتى فى المادة 10 من القانون الاتحادى رقم 17 لسنة 1972م ، والقانون القطرى فى المادة 9 من قانون الجنسية القطرية (1) و (2) رقم 2 لسنة 1961م .

(2)د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صـــ248 ، 249 .

(3)د/ أحمد سلامه – المبسوط .... – صـــ769 ، ويؤيد فى ذلك : د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال مبادئ .... – صـــ184 .

الجنسية فيها من الأصل بسبب ارتكابه جريمة مخلة بالشرف أو مضرة بأمن الدولة، وذلك حيث إنه يَنُمُّ عن خلل فى شخص من ارتكب الجريمة وحده وليس أفراد أسرته .

وبالحق يتفق هذا القولُ الأخيرُ مع أحكام الشريعة الإسلامية[1] ومنهج القانون المصرى[2].

وفى الختام فالأصلُ عدم سريان سحْب الجنسية على الأولاد والاستثناء جواز سحْب هذه الجنسية تأثراً بالوالد .

وقد أصاب المقنِّنُ السعوديُّ حينما قرَّر فى المادة 23[3] : " ... ويترتب على سحْب الجنسية العربية السعودية من المتجنِّس بها زوالُ هذه الجنسية عن صاحبها وسحبها أيضاً ممن كان قد اكتسبها من المتجنس بطريق التبعية ..." فالنصُّ الماثلُ يجعل قرارَ السحب يشمل الأولاد بقوة القانون إلا إذا : " ثبت أن من اكتسبها بالتبعية من ذوى الأخلاق الحسنة وثبت عدم وجود ما يمنع منح الجنسية، فتمنح له مع احتساب المدة الماضية له ... "

وإن كنت قد رجحتُ مسلكَ المقنن السعوديِّ هنا بوجه عام لكن يؤخذ عليه أنه جعل الأصلَ فى الإنسان الإدانة إلى أن يثبت العكس، وكان الأجدر به أن يقرر خلافه فيجعل الأصل فى التابعين حسن النية

---

(1)أما عن اتفاقه مع أحكام الشريعة لأن الشريعة بنَتْ أحكامها على أن " لا تزر وازرة وزر أخرى " ، وقد سبق النقل عن الإمام السعدى قوله : " و لا ينتقض عهد نسائه وأولاده بنقض عهده " الإنصاف – جـ4 – صـ244 .

(2)وعن القانون فلا شك من قيام مبدأ راسخ قوامه شخصية العقوبة التى تنافى سريان فقد الجنسية وسحْبها عقوبة على غير ما فعل الأبناء .

(3)المادة 23 من قانون الجنسية السعودى رقم 5604/20/8 الصادر بالقرار رقم 4 فى 25 / 1 / 1374هـ .

والأخلاق إلى أن يثبت العكس، وقد سبق القولُ بأن الفقهاءَ القدامى قالوا بأن الأصل عدم فقْد الأولاد للجنسية تأثراً بالوالد، وأن الفقد تأثراً به استثناء .

بينما ذكرت المادة 13 من قانون الجنسية الكويتى خمسَ حالات يجوز فيها سحْب الجنسية ممن اكتسبها إذا توافرت إحداها فيه، فقد قررت المادة أنه يجوز سريان السحب على التابعين فى حالتين فقط هما المنصوص عليهما بالبندين 4، 5 وتقضى فى البند 4، وإذا استدعت مصلحة الدولة العليا أو أمنها الخارجى ذلك، ويجوز فى هذه الحالة سحْب الجنسية ممن يكون قد اكتسبها معه بطريق التبعية . 5- إذا توافرت الدلائلُ لدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج لمبادئ من شأنها تقويضُ النظام الاقتصادى أو الاجتماعى فى البلاد ..... ويجوز فى هذه الحالة سحْبُ الجنسية ممن اكتسبها معه بطريق التبعية "[1] وكان هذا أخف وطأة من القانون المصرى وقريباً من القانون المصرى جاء حكم المادة 16 إماراتى.[2]

رابعها:- أثر إسقاط الجنسية عن الوالد على الأولاد :

لم تُقمْ القوانينُ العربيةُ وزناً لسقوط الجنسية عن الوالد على الأولاد بل إنها لَتنصُّ صراحة على انتفاء كل أثر لهذا السقوط فمن ذلك المادة 2/17 من القانون المصرى رقم 26 لسنة 1975م والتى تنص على أنه : يترتب على إسقاط الجنسية فى الأحوال المبينة فى المادة 16 زوالها عن

---

(1)م 13 من المرسوم اللأميرى رقم 15 لسنة 1959م .

(2)م 16 من القانون الاتحادى رقم 17 لسنة 1972م ، بينما يجعل القانون البحرينى الفقد للأولاد وجوبياً كما فى المادة 9 – 2 ، بقولها : " إذا فَقَدَ شخصٌ الجنسيةَ البحرينيةَ بموجب هذه المادة فقدها معه أولاده القاصرون " انظر القانون الصادر فى 1963/9/16م .

صاحبها وحده " بل إن قانون الجنسية السعودى لم يكتف بنفى أثر سقوط الجنسية على الأولاد بل صرح بـ " .. أما الأولادُ الصغارُ فإذا كانوا مقيمين فى غير أراضى المملكة العربية السعودية لهم الحق عند بلوغهم سنَّ الرشد فى اختيار الجنسية السعودية بدون قيد ولا شرط، كما يخولون كافة الحقوق التى للسعوديين بدون استثناء .. " [1] فلم يكتف المقننُ بنفى كل أثر لسقوط جنسية الوالد على الأولاد بل أكَّد على بقائهم على جنسيتهم حتى ولو كانوا مقيمين خارج المملكة، بَيْدَ أن القانونَ القطرىَّ قد أجاز هذا الإسقاط على الأولاد تبعاً وعلى سبيل الاستثناء حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 15 على أنه : " ويترتب على إسقاط الجنسية فى جميع الحالات المتقدمة ... أن تزول الجنسية عن صاحبها وحده " وهذا هو الأصل " إلا إذا ثبت أن صيانةَ مصالح الدولة العليا وضرورات المحافظة على الأمن العام تقتضى غير ذلك " [2] فإذا ثبت أن بقاء الأولاد على الجنسية القطرية بعد إسقاط جنسية الوالد سقطت الجنسية عن الأولاد على سبيل الاستثناء .

النتائج المترتبة على هذا الفرع

اتضح من العرض السابق مدى تأثُر الابن بفقْد والده للجنسية، وقد ظهر مما سبق أن الفقه الإسلامى لا يرى فقد الابن لجنسية نتيجة فقد والده لهذه الجنسية كقاعدة عامة وكان الاستثناء عليها أن يفقد الابنُ هذه الجنسية التى فقدها والده ولكن بشرط أن يخرج هذا الابن من دار الإسلام خروجاً دائماً على نية اللاعودة إليها . بينما كان الوضع فى

---

(1)م 19 من قانون الجنسية السعودى رقم 5604/20/8 الصادر بالقرار رقم 4 فى 25 / 1 / 1374هـ .

(2)م 15 من قانون الجنسية القطرية (1) ، (2) رقم 2 لسنة 1961م .

القانون المصرىِّ مختلفاً فيفقد الولد جنسيته تأثراً بوالده فى حالات ثلاث:-

أولها: عند فقْد الوالد الجنسية الأصلية بالتجنس بجنسية أجنبية .

وثانيها: عند فقْد الوالد الجنسية الطارئة التى اكتسبها عند تخلى الولد عنها .

وثالثها: عند سحب الجنسية الطارئة من الوالد الذى اكتسبها بطريق الغش .

ويتفق القانون المصرى مع الفقه الإسلامى فى عدم تأثُر الأولاد بإسقاط الجنسية عن الوالد وإن كان القانونُ المصرىُّ متفقاً مع الفقه الإسلامى فى هذا الأمر إلا أن الأمر مختلف بين الفقه الإسلامى الذى بنى فيه هذا الأمر على قواعد الشريعة الإسلامية وأصولها، بينما بنيت حالاتُ الإسقاط فى القانون على قواعد قانونية محددة حصراً لا يقاس عليها ولا يتوسع فيها .

الفرع الثانى

الاحتفاظ أو الاسترداد للجنسية تأثراً بالوالد .

لما كانت جنسيةُ الأولاد على خطر الفقْد أو السلْب أو التجريد مما يصل بهم إلى انعدام الجنسية وهو أمر منافٍ لقيم وأعراف ومواثيق الإنسانية فقد عرفت النظمُ القانونيةُ وسائلَ تمنع أو تحدُّ من ظاهرة انعدام الجنسية، ومن هذه الوسائل الاحتفاظ بالجنسية أو الاسترداد، ولما كان الفقه الإسلامى على النحو السابق لا يقيم وزناً لفقد الرجل لجنسيته على أولاده وكان هذا الفقْدُ إذا حدث أمراً استثنائياً فلا حاجة حينئذ للحديث

عن الاحتفاظ أو الاسترداد إلا فى الحالات الاستثنائية وهى كما هو معلوم لا يقاس عليها ولا يتوسع فيها .

وقد عرف القانونُ المصرىُّ الاحتفاظَ للأولاد القصر بالجنسية المصرية عند تجنّس والدهم بجنسية أجنبية وذلك بما قرره فى المادة 10 بقولها : " ... ومع ذلك يجوز أن يتضمن الإذن بالتجنس إجازة احتفاظ .... وأولاده القصر بالجنسية المصرية إذا أعلن رغبتَه فى الإفادة من ذلك خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ اكتساب الجنسية الأجنبية ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية رغم اكتسابهم الجنسية الأجنبية "

وقد نظم القانون المصرى أحكام استرداد الأولاد لجنسيتهم التى تخلوا عنها أو فقدوها بسبب الوالد ، وذلك بالمادة 11 والتى تقرر " .. على أنه يسوغ لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار الجنسية المصرية "

بل إن المقنن - خروجاً على هذه القاعدة وبدون مراعاة المدة - أجاز لكل من سُحِبَتْ منه الجنسية أو تخلى عنها أو أُسْقِطَتْ عنه أن يسترد هذه الجنسيةَ وذلك بمقتضى قرار من وزير الداخلية بعد مضى خمس سنوات من تاريخ السحْب أو الإسقاط ، أو بقرار من رئيس الجمهورية فى أى وقت وذلك بما قررته المادة 18 من القانون رقم 26 لسنة 1975م .

وطبقا للقانون رقم 154 لسنة 2004م الذى أجاز للقصر التخلىَ عن الجنسية المصرية لمن ثبت له جنسيةٌ أجنبيةٌ إلى جانب الجنسية المصرية وذلك بموجب المادة الأولى فقرة 3 ، ثم عاد المقننُ فى الفقرة 4 وأقرَّ بحق القاصر هذا فى استرداد الجنسية المصرية عند بلوغه سن الرشد وذلك فى خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد " .

النتائج المترتبة على الفرع الماثل

لما كان الفقه الإسلامى لا يرى تأثيرَ فقْد الوالد لجنسيته على أولاده لم يكن من ثم مجالاً للحديث عن الاحتفاظ بالجنسية أو استردادها للأولاد حيث إنهم لم يفقدوها ابتداء ، وهذا بخلاف ما انتهجه المقنِّنُ المصرىُّ الذى قَنَّنَ حالات الاحتفاظ بالجنسية أو استردادها لمن فَقَدها ، وهذا كلُّهُ داخلٌ فى إطار التقنين المادىِّ الذى انتهجه القانون المصرى فى تنظيمه لمسائل الجنسية ، وبالتالى فإن مجئ قانون الجنسية المصرية علمانىُّ المبدأ والمنتهى قد يجعل قانون الجنسية المصرى على خطر عدم الدستورية ، حيث إنه لم يراع أحكام المادة الثانية من الدستور المصرى التى تجعل الشريعةَ الإسلاميةَ المصدرَ الرئيسىَّ للتشريع ، ولعل هذا مما سوف يراعيه كثيراً مقنِّنُ ما بعد الثورة .

المبحث الثانى

تأثر جنسية الأبناء بالأم

ما من شك فيما للأم من أثر على الأبناء شكلاً وطبعاً وسلوكاً فهل يمتدّ ذلك التأثيرُ إلى مجال الجنسية ؟ وهل لصحة أو فساد النكاح محل اعتبار على جنسية الأولاد ؟

ودراسة هذا البحث تستدعى منى تقسيمَه إلى مطالب ثلاثة :

الأول : تأثير الأم فى جنسية الأبناء قبل صدور القانون 154 لسنة 2004م وموقف الفقه والقانون المقارن .

الثانى : الوضع بعد صدور القانون 154 لسنة 2004م .

الثالث : مدى الاعتداد بصحة أو فساد الزواج فى مجال جنسية الأولاد .

المطلب الأول

تأثير الأم فى جنسية الأبناء قبل صدور القانون 154 لسنة 2004م وموقف الفقه والقانون المقارن .

انساق القانون المصرى حيناً من الدهر كغيره من القوانين العربية فى اتجاه كان له الغلبةُ ثم ما لبث أن أفل نجمه ويومها كان الخلاف قائماً بين الفقهاء بين مؤيد لمسلك القانون المصرى، و معارض له، ومن هنا أُقسِّم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول

مدى تأثير جنسية الأم فى جنسية أولادها فى القانون المقارن .

فى الواقع توجد عدة اتجاهات فى القانون المقارن .

الاتجاه الأول : المساواة بين أثر الأب والأم فى نقل الجنسية إلى الأبناء، ويسير على هذا الاتجاه الغالبيةُ من القوانين المختلفة فمن ذلك قانون الجنسية البلجيكي الصادر فى 28 يونيو 1984م فى المادة الثامنة وقانون الجنسية الهولندى لعام 1985م (م 3 / 1) والبرتغالى لعام 1981م (م 1 بند 1) واليابانى لعام 1985م (م 2 / 1) والبريطانى لعام 1981م (م 1 / 1 – أ) والصينى لعام 1980م (م 4، 5) [1]

وهو المتبع فى القانون الفرنسى الصادر فى [2] 9 من يناير 1973م فى مادته 17 والتى تقضى بمنح الجنسية الفرنسية لكل طفل وُلِدَ لأب أو

---

(1)انظر في عرض هذه القوانين وغيرها تفصيلاً : د/ أبو العلا على النمر جنسية أولاد الأم المصرية – دار النهضة العربية صـ 35 وما بعدها ، د/ عكاشة عبد العال – القانون الدولى .... الجنسية – 1996م – دار الجامعة الجديدة صـ 138 وما بعدها ، د/ أحمد سلامه – الأم الخليجية وجنسية الأولاد فى قوانين جنسية دول مجلس التعاون الخليجى مجلة التعاون الصادرة عن مجلس التعاون الخليجى – السنة السابعة . العدد 26 يونيو 1992م – صـ 16 .

(2)انظر فى القانون الفرنسى

- Benabent (A) DROIT CIVIL La famille No 151 , p 133
- CED H , 2 , mar s . 1992 , D . 1993 , somnr 388 , t . c . p . 1993 . 1 .3679 .
- Rev . cuit . D . P . 2004 , P . 745 , Com de cass – 17fev . 2004 .
- C : V . LNE 17 Juin 1980 , Rev . cnit . Dip 1981 . 73 .

د/ عكاشة عبد العال – القانون – صـ 138 ، د/ أبو العلا النمر – جنسية أولاد الأم .... – صـ 35 ، 36 ، 37

أم فرنسية وذلك سواء وقع الميلادُ فى فرنسا أو فى الخارج وقد حدث تعديلٌ على هذا القانون بمقتضى التعديل الصادر فى 22 من يوليو 1993م، والذى بمقتضاه أصبح من حق الطفل الذى وُلدَ فى الخارج التخلى عن الجنسية الفرنسية فى خلال ستة أشهر قبل بلوغه سن الرشد، وكذا الاثنى عشر شهراً التالية لبلوغه م 18 / 1 ومن الدول العربية من تأخذ باتجاه قريب من هذا ومنها تونس وذلك بمقتضى التشريع التونسى الصادر عام 1963م والمعدل عام 1993م حيث يقضى فى الفصل 12 من مجلة الجنسية التونسية على أنه : " يصبح تونسياً من وُلدَ خارجَ تونس من أم تونسية وأب أجنبى على أنْ يُطالب بهذه الصفة بمقتضى تصريح خلال العام السابق على سن الرشد، أما قبل البلوغ لسن التاسعة فيصبح تونسياً بمجرد تصريح مشترك من أمه وأبيه " [1]

أما عن الاتجاه الثانى فيقوم على الاعتداد بتأثير جنسية الأم على الأبناء مادام قد انعدمَ تأثيرُ جنسية الأب عليهم [2] ويتحقق هذا الوضع فى الحالة التى يكون فيها الأب مجهولاً، أو عديمَ الجنسية أو مجهولها، وتأخذ بهذا الاتجاه أكثر القوانين العربية ومن ذلك مثلاً . قانونُ الجنسية السعوديّ الصادر فى 22 / 2 / 1974م فى مادته السابعة والتى تنص على أن " يكون سعودياً من ولد داخل المملكة من أبوين مجهولين .. أو لأم سعودية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له " [3]

---

(1)د/ فؤاد رياض – نحو تعديل قانون الجنسية المصرى – المجلة المصرية للقانون الدولى – المجلد 50 – 1994م – صـــ 11 .

(2)د/ أبو العلا النمر – جنسية أولاد الأم .... – صـــ38 .

(3)د/ عشوش ، د/ باخشب – أحكام .... – صـــ 506 .

وكذا القانون الكويتى رقم 15 لسنة 1959م فى مادته 1/3 " يكون كويتياً : من وُلِدَ فى الكويت أو فى الخارج من أم كويتية وكان مجهولَ الأب أو لم تثبت نِسبَتُه لأبيه قانوناً، أو كان أبوه مجهولَ الجنسية أو لا جنسيةَ له " [1]

وكذلك القانون الإماراتى رقم 17 لسنة 1972م فى مادة 2 / ب، ج، د، هـ [2]

الاتجاه الثالث الذى يقوم على الاعتداد بتأثير جنسية الأم على الأولاد إذا عززته أمورٌ أخرى كالإقامة أو الميلاد بالإقليم أو غيرها .

وتأخذ بهذا الاتجاه بعضُ قوانين الدول العربية كالقانون اليمنىِّ رقم 2 لعام 1975م فى مادته 3 / 2 وقانون الجنسية السورىِّ الصادر عام 1969م والعراقىِّ رقم 37 لسنة 1963م المعدل بالقانون 147 لسنة 1968م والأردنى رقم 6 لسنة 1954م والمعدل بالقانون رقم 7 لسنة 1963 م (4/3) [3]

---

(1)د/ عشوش ، د/ باخشب – أحكام .... – صـــ 561

(2)عشوش ، د/ باخشب – أحكام .... – صـــ 574 ، 575 .

(3)د/ أبو العلا النمر – جنسية ..... – صـــ 40 ، والذى يشير إليه كل من : د/ فؤاد رياض ، د/ ماهر السداوى أحكام الجنسية فى الجمهورية اليمنية – مكتبة رأفت سعيد – 1984م – صـــ 14 وما بعدها ، د/ عنايت عبد الحميد ثابت – على هامش تشريع تنظيم الرعوية اليمنية – دراسة تحليلية انتقادية لتشريع تنظيم رعوية الجمهورية اليمنية 1990م – صـــ 40 ، 41 ، د/ جابر جاد عبد الرحمن – مجموعة قوانين الجنسية فى الدول العربية – معهد البحوث والدراسات العربية – 1970م – صـــ24، 106 .

الاتجاه الرابع : ويقوم على عدم الاعتراف بأى أثر لجنسية الأم على أولادها : ويعرف هذا الاتجاه فى القانون القطرىِّ رقم 2 لسنة 1961م المعدل بالقانون رقم 3 لسنة 1969م وقانون الجنسية السودانىِّ المعدل بالقانون رقم 66 لسنة 1959م (1)

الفرع الثانى

وضع المسألة فى القانون المصرى قبل صدور القانون رقم 154 لسنة 2004م

لقد مرَّ تقنينُ الجنسية فى مصر بعدة مراحلَ بدءاً من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1929م ومروراً بالقانون رقم 60 لسنة 1950م، والقانون رقم 391 لسنة 1956م، والقانون رقم 82 لسنة 1958م، وأخيراً بالقانون رقم 26 لسنة 1975م (2)

وقد ميَّز قانونُ 1975م بين نوعى الجنسية الأصلية والطارئة .

أما الجنسية الأصلية لأولاد الأمِّ فَقَدْ نصَّ عليها فى المادة 2 بقولها :" يكون مصرياً 1- .... 2- من ولد فى مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له . 3- من ولد فى مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً "

ومن ثم يلزم لإعمال هذه المادة توافرُ شروط ثلاثة وهى :

(1)أبو العلا النمر– جنسية ..... – صــ 40 ، 41 .

(2)انظر فى عرض تاريخى لهذه النصوص : د/ أبو العلا النمر– جنسية أولاد الأم..... – صــ 42 وما بعدها

كونُ الأم مصريةً وقت ميلاد الطفل، وثبوتُ نسبه من أمه قانوناً، وحدوثُ الميلاد فى مصر مع مراعاة أن الأب إما أن يكون مجهولَ الجنسية، أو عديم الجنسية أو لم يثبت نسبُ الابن إليه قانوناً . هذا عن الجنسية الأصلية أما عن الجنسية الطارئة فقد نصَّ عليها القانونُ الماثلُ فى مادته الثالثة، وذلك بالقول بأنه : " يعتبر مصرياً من وُلِدَ فى الخارج من أم مصرية ومن أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية إذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد بإخطار يوجَّه إلى وزير الداخلية بعد جعل إقامته العادية فى مصر، ولم يعترض وزير الداخلية على ذلك خلال سنة من وصول الإخطار إليه " ومن ثم يلزم لإعمال الحالة الماثلة عدة شروط تتمثل فى ميلاد الابن خارج مصر، وكون الوالد مجهولاً أو لاجنسية له أو عديم الجنسية، وأن يجعل الولدُ إقامتَه العاديةَ فى مصر وقت بلوغه سن الرشد، وأن يعبِّر عن إرادته فى اكتساب الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، وأن لا يعترض وزيرُ الداخلية على دخول هذا الابن فى الجنسية المصرية خلال سنة من وصول الإخطار إليه. (1)

(1)انظر فى عرض هاتين الحالتين فى الفقه المصرى : د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صــ164 : 174 ، صــ 195 : 199 ، د/ بدر الدين شوقى – الوسيط .... – صــ 63 : 69 ، د/ عكاشة عبد العال القانون ..... – صــ 138 وما بعدها . د/ أحمد سلامه ، د/ محمد الروبى – قانون الجنسية المصرية ...... صــ 154 وما بعدها ، د/ أبو العلاالنمر– جنسية .. – صــ 42 وما بعدها ، محمود صلاح الدين مصيلحى مبادئ ...... – صــ 47 وما بعدها ، صــ 96 وما بعدها ، د/ سراج حسين أبو زيد – محاضرات فى القانون الدولى صــ 101 وما بعدها .

الفرع الثالث

موقف الفقه المصرى (المؤيد والمعارض)

فى ظلال القانون 26 لسنة 1975م ثار الفقهاءُ المصريون ثورةً عارمة منددين بما جاء به من أحكام تخصُ أولادَ الأم المصرية حتى قال بعضُ الفقهاء : [1]" ولا شك أنَّ وضعَ المقنِّن المصريِّ الأمَ فى مرتبة أدنى من الأب من حيث القدرة على نقل الجنسية للمولود أمرٌ يتنافى مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فحسب بل يتجاهل حقيقة التأثير النفسى والاجتماعى للأم على المولود... " بينما انبرى نفر من الفقهاء المصريين مدافعين عن مسلك المقنن المصرى، ومن هنا نشأ فى الفقه اتجاهان أحدهما مؤيد والآخر معارض ومندد .

الاتجاه الأول : المؤيد لمسلك المقنن المصرى مع أبناء الأم فى القانون 26 لسنة 1975م ويمثل هذا الاتجاهَ بعضُ رجال الفقه المصريِّ [2] ويعتمدون فى ذلك على عدة حجج أهمها :- فمن جهة أن الكثافة السكانية العالية تمثل عنصراً ضاغطاً على المقنن عند تناوله لمسائل

(1)د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صــ 173 .

(2)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – مركز المرأة فى قانون الجنسية المصرى – صــ 465 وما بعدها ، د/ حسام الدين فتحى ناصف – أثر انعقاد الزواج وانحلاله على جنسية أفراد الأسرة ..... 1966م – صــ 48 وما بعدها ، جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبى – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الثانى يوليو 1993م – السنة 35 صــ 947 وما بعدها ، د/ محمد الغنام – مقالات فى جريدة الأهرام " رؤية إنسانية لأبناء الأم المصرية من زوج أجنبي – نقلاً عن : د/ حفيظه الحداد – الاتجاهات المعاصرة فى الجنسية – دار الفكر الجامعى 2003م – صــ 4 هامش 1 ، د/ عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخاص – جـ1 – ط11 – صــ 377 ، 378

الجنسية " أما السبب الأول والأهم ظاهرياً هو الخوف من الانفجار السكانى الذى ستزيد خطورتُه بإدخال أبناء الأم المصرية فى الجنسية المصرية [1]، لكن الواقع أن ما يسمى بالمشكلة السكانية ليس السبب فيه قانون الجنسية ولن يزيد من حجمه أضعافُ أبناء الأم المصرية إلى مجموع السكان وهذا على حد قول البعض " أنه يشبه رجلاً بديناً أراد إنقاص وزنه فقطع زراعه بدلاً من مواجهة السبب الحقيقى لبدانته بالحد من نهمه "[2] هذا عن الحجة السكانية، ثم يضيفون حجةً أو اعتباراً أخلاقياً مقتضاه أن السماح بدخول أبناء الأم فى الجنسية المصرية من شأنه تشجيع ظاهرة الأبناء غير الشرعيين [3] ولكن يعترض على هذه الحجة بعدة أشياء : منها أن المقنن فى المادة 2 نص على أن يكون مصرياً " من وُلدَ فى مصر من أم مصرية ولم يثبت نسبته إلى أبيه قانوناً " كما أن كل أولاد الأم المصرية ليسوا مجهولى النسب، ثم ما جرم الطفل الصغير؟

(1)فى عرض هذه الحجة : د/ فؤاد رياض مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية – صــ 9 ، د/ حفيظة الحداد – الاتجاهات الحديثة .... – صــ 6 ، د/ أبو العلاالنمر – جنسية أولاد الأم ..... – صــ 57 وما بعدها .

(2)د/ فؤاد رياض – مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية – صــ 10 .

(3)فى عرض هذه الحجة د/ فؤاد رياض – مشكلة جنسية أبناء الأم – صــ 10 ، د/عكاشة عبد العال – أحكام الجنسية المصرية – صــ 81 وما بعدها ، د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى – الوسيط .... – صــ 98 ، أبو العلا النمر – جنسية .... – صــ 59 وما بعدها ، حفيظة الحداد – الاتجاهات المعاصرة ...– صــ33 وما بعدها.

ومن حججهم أن المولود يتبع أباه دائماً وهو الذى يغرس فيه الولاءَ للوطن [1] وهى حجة واهية حيث إن دور الأم فى غرس وتنشئة هذه المعانى فى المولود أكبر، ومنها أيضاً تلافى ازدواج الجنسية حيث يقولون بأن منْحَ الجنسية المصرية للمولود لأم مصرية دائماً يؤدى إلى ازدواج الجنسية[2] ومن أهم الحجج هنا القول بأن الشريعة الإسلاميةَ قد ميَّزت الرجل عن المرأة ومن ثمَّ يختلف تأثُّر الأولاد بجنسية الرجل عن المرأة [3] ولأهمية هذه الحجة وللشبهة التى تثيرها أرجئ مناقشتها عند الحديث فى الفرع التالى . ولو صدقوا فيما يدعون، فإنما هو موقف الفقه الإسلامى وليس الشريعة .

الاتجاه الثانى : المعارض لمسلك المقنِّن فى القانون رقم 26 لسنة 1975م

ويمثل هذا الاتجاهَ الغالبيةُ من الفقه المصرى [4] ويقوم فكْرُ هذا الفقه على ضرورة تعديل الأحكام الخاصة بأبناء الأم المصرية بما يحقق

---

(1)د/ عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخاص – ط11 – جـ1 – صـ377 ، 378، د/أبو العلا النمر جنسية ...... – صـ 61 ، حفيظة الحداد – الاتجاهات المعاصرة .... صـ3 ، 4

(2)د/ فؤاد رياض – الوسيط ..... – صـ 187 ، د/ أبو العلا النمير – جنسية ...... – صـ 71 .

(3)د/ حفيظة الحداد – الاتجاهات المعاصرة ... – صـ 35 وما بعدها .

(4)د/ فؤاد رياض – الوسيط .... – صـ 169 وما بعدها ، نحو تعديل قانون الجنسية المصرية ..... – صـ 11 وما بعدها ، مشكلة أبناء الأم المصرية .... – صـ 2 وما بعدها ، د/ هشام صادق – مدى حق الطفل فى الجنسية المصرية الأصلية المستمدة من الأم – دراسة نقدية لموقف المشرع المصرى ، بحث مقدم لمؤتمر الحقوق القانونية للطفل العربى الذى عقد فى الإسكندرية 1988م ، د/ أحمد سلامه – قانون الجنسية ومركز الأجانب – صـ160 ، د/ عكاشة عبد العال – القانون ......=

العدالة ، وبما يواكب التطورات الاقتصادية والاجتماعية ومن أهم حجج هذا الاتجاه القول بمراعاة التزامات مصر الدولية . [1] وذلك حيث إن مصر وافقت على الانضمام إلى اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 434 لسنة 1981م [2] وقد وافقت مصرُ على الانضمام إلى الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1953/3/31م بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 345 لسنة 1981م [3]

وقد أقرت الجمعيةُ العامةُ للأمم المتحدة فى 12/16 / 1966م الاتفاقيةَ الدوليةَ للحقوق المدنية والسياسية ووافقتْ عليها مصرُ وبدون تحفُّظ بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 536 لسنة 1981م [4] والتى تنص م 1/2 منها على أن " تتعهد كلُّ دولة طرف فى الاتفاقية الحالية باحترام وتأمين الحقوق المقررة فى الاتفاقية الحالية لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أى نوع سواء كان ذلك بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأى السياسى أو غيره " ولكنى أرى أن إقحام مبدأ مساواة المرأة بالرجل أو تمييز الرجل والمرأة

=صـ 141 ، د/ بدر الدين شوقى – الوسيط .... صـ68 ، د/ أبو العلاالنمر جنسية .... صـ74 وما بعدها ، د/ حفيظة الحداد – الاتجاهات المعاصرة – صـ1 وما بعدها

(1)د/ أبو العلا النمر– جنسية .... – صـ 79 وما بعدها .

(2)نشر بالجريدة الرسمية – العدد 51 فى 17 / 12 / 1981م .

(3)الجريدة الرسمية – العدد 49 فى 3 / 12 / 1981 وبدون تحفظ – وانظر فى العرض والاستدلال به د/ أبو العلا النمر– جنسية .. – صـ 83 .

(4)الجريدة الرسمية – العدد 15 فى 15 / 4 / 1982م ، وانظر فى الاستدلال به : د/أبو العلا النمر ...... صـ83 ، 84

فى غير محله ولا معنى له هنا لأن المجال هنا إذا ذُكرَت المساواة بين أبناء الأب وأبناء الأم، أو بين أبناء الأم غير الشرعيين وأبناء الأم الشرعيين، فإدخال قضية المساواة بين الرجل والمرأة هنا بَعُدَ بالقضية عن حقيقتها ولا معنى له هنا إلا زيادة الفجوة .

ومن حجج هذا الاتجاه القول بعلمانية الجنسية، فالجنسيةُ رابطةٌ غير دينية أى تتحد بدون الرجوع إلى اعتبارات تتعلق بالعقيدة الدينية للفرد....[1] ولم يكن صاحب هذه الحجة هو أول من تكلم بها فقد صدع بها من قبله بعض علماء الأزهر[2] وأنكر معرفة الشريعة الإسلامية لفكرة الجنسية بعضُ رجال القانون[3] وقالوا بأن الجنسية فكرةٌ علمانيةٌ لم تعرف إلا منذ قيام الثورة الفرنسية[4] وهى حجة بادية فالمعلوم من أصول الشريعة الإسلامية وفروعها التنظيم المحكم لفكرة الجنسية بمفهوم أشمل وأكبر مما هى عليه فى أحدث القوانين الغربية وإن عدم العلم بالشيء لا يعنى انتفاء وجوده[5] ويبدو أن صاحب الحجة الماثلة أراد أن يتخلص من ضغط فكرة المساواة أو التمييز بين الرجل والمرأة والتى أثارها بعض الفقهاء بزعم أن الإسلام فضل الرجل على المرأة فى مجال الجنسية

---

(1)د/ أبو العلا النمر– جنسية .... – صـ74 .

(2)وهو الشيخ/ على عبد الرازق ، الإسلام وأصول الحكم – ط2 – مطبعة مصر سنة 1925م – صـ64 .

(3)د/ أحمد قسمت الجداوى – الموجز فى الجنسية ومركز الأجانب – ط 1982م / 1983م – صـ84 .

(4)وأشار إليه : د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ...... – صـ41 .

(5)حسام الدين فتحى ناصف – جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبى .... – صـ947 وما بعدها .

فصار صاحبُ الحجة المعروضة كالمستجير من الرمضاء بالنار . وقد أرجئت الرد علي هذه الحجة إلى الفرع التالى

ويكفى فى تكريس فكرة الجنسية فى الإسلام قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ سورة الحجرات – آية 13 .

الفرع الرابع

موقف الشريعة الإسلامية .

لما أثير الجدل حول تأثير جنسية الأم فى الأولاد فى الشريعة الإسلامية بدعوى أن مركز المرأة فى الإسلام دون مركز الرجل لما كان ذلك كذلك وجدتُ أنه لزاماً علىّ أن أُفرد لبيان موقف الشريعة من هذه المسألة فرعاً مستقلاً حتى أنفض الغبار عن جواهر الإسلام .

ومما لا ريب فيه أن الولدَ جزءٌ من أمه قبل أن يولد، فإذا ولد كان أشد تعلقاً بها، من هنا فإن الإسلام لم يُقم أىَّ تفرقة من ناحية الجنس فى حصول الأبناء على الجنسية فأبناء الأم وأبناء الأب الوطنىِّ فى نظر الإسلام سواء، وأؤيد هذا بالآتى :-

أولاً : السياسة التوسعية فى مدلول الوطنية فى الإسلام .

من الملاحظ فى كتب الفقه الإسلامى أن الفقهاء توسعوا كثيراً فيمن ينطبق عليهم حكمُ الوطنىِّ، وذلك التوسع فى مفهوم الجنسية أعطى لدولة الإسلام قوةً ونفوذاً كبيراً، وهذا يستفاد من عدة أمثلة من الفقه الإسلامى :

(أ) قال الفقهاء : " وإذا أسلم [غير المسالم] في دار الإسلام أو خرج إليها وله أولادٌ صغارٌ في دار [غير المسالمين] صاروا مسلمين ولم يجز سبيُهم " [1] فهذا توسع من الفقهاء في مفهوم الوطني المسلم حيث أثَّر إسلامُ الأب على صغار الأبناء فأدخلَهم في الدين ومن ثم في جنسية الدار .

(ب) ومن مظاهر ذلك التوسع أيضاً ما قاله بعض الفقهاء، حيث قال محمد بن الحسن : " وإذا دخل " غير المسالم " دار الإسلام بأمان فاشترى أرضَ خراج فوضع عليه الخراج فيها كان [مواطنا غير مسلم] [2] فهذا توسع واضح في مفهوم الجنسية في الفقه الإسلامي فإذا كان التعاقد للتوطن مفتوحاً فإن هذا الشراء للأرض وفرض الخراج صورة أبسط من التعاقد على التوطن في دار الإسلام .

(جـ) ومن هذا القبيل أيضاً يقول الإمام كمال الدين عبد الواحد : " وإذا دخل [غير المسالم] إلينا مستأمناً لم يمكن من أن يقيم في دارنا سنة .. وإلا وضعت عليه الجزية " [3] فيصير مواطناً غير مسلم .

---

(1) هذا هو مذهب الشافعية والحنابلة – المغنى – جـ8 – صـ94 ، 428 ، وكشاف القناع – جـ3 – صـ58 ، والأم للشافعي رضي الله عنه – جـ 4 – صـ245 ، ومغنى المحتاج – جـ4 – صـ226 وهو مذهب ابن حزم الظاهري – المحلى بالآثار – جـ 5 – صـ364 .

(2) شرح السير الكبير – جـ5 – صـ356 ، وقد ذكر بعدها أشياء كثيرة في الصفحات التالية .

(3) شرح فتح القدير – لكمال الدين عبد الواحد – دار إحياء التراث العربي – لبنان – صـ270 .

(د) رتب الفقهاءُ على دخول الأجنبيِّ في جنسية الدار سريان هذا التجنُّس على زوجته وأولاده القصر، وبالعكس إذا فَقَدَ الوطنيُّ جنسيتَه فلا يؤثر هذا الفقدُ في جنسية الزوجة والأولاد [1] وقد سبق عرض ذلك بالتفصيل .

ثانياً : تبعية الأولاد لأمهاتهم متى كن أفضل ديناً :

بنى الفقهاءُ جنسية الأبناء على جنسية الأم متى كانت الأم أفضل ديناً من الأب وذلك متحقق في صورتين :-

إحداهما : إذا أسلمت الأم، فإن جمهور الفقهاء من الحنفية [2] والشافعية [3] والحنابلة [4] والظاهرية [5] والشيعية [6] قالوا : إن أسلم أحدُ الزوجين يجعل تبعية الأولاد الصغار لهذا الذي أسلم، فلو أن الأم هي التي أسلمت تبعها أولادها ، ولاشك أن تبعية الأولاد للأم في أمر الدنيا أقل من تبعيتهم لها في أمر الدين، فيتبع الأولاد أمهم متى أسلمت أو كانت مسلمة . ولم يخالف فيما سبق إلا الإمام مالك ﷺ وفي بعض الروايات عنه أنه قال : الأولاد تبع للأب دائماً وليس للأم فمتى كان الأب مسلماً فهم

---

(1) انظر على سبيل المثال : مغنى المحتاج – جـ6 – صـ85 ، الإنصاف – جـ4 – صـ244 .

(2) شرح كتاب السير الكبير – جـ5 – صـ 105 ، 375 ، البناية في شرح الهداية – للإمام العيني – جـ4 صـ780 ، اللباب في شرح الكتاب – جـ3 – صـ29 ، شرح فتح القدير – جـ3 – صـ287 .

(3) الحاوي الكبير – الماوردي – جـ9 – صـ304 وما بعدها .

(4) ابن القيم – أحكام أهل الذمة – جـ2 – صـ353 وما بعدها .

(5) ابن حزم – المحلى بالآثار – جـ5 – صـ945 .

(6) كتاب النيل وشفاء العليل وشرحه – جـ6 – صـ305 ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية – الحلي صـ45 ، 46 .

كذلك، وما لم يكن فلا [1] ومن الواضح وكما يقول البعض [2] أنه لا حجة لهم فيما يقولون وإن الراجح ما ذهب إليه الجمهور لأنه يسير مع مقتضى الفطرة التى فطر الله الناس عليها وهى الإسلام .

الصورة الثانية : إذا كان الوالدان من غير المسلمين فإن الفقهاء قالوا : بأن الولد يتبع أفضلهما ديناً ، فلو كان الزوج مشركاً والأم كتابية ، فإن الولد يتبع أمه الكتابية ديانة وحكماً ، ولو كانت الأم وطنيةً والأب غيرَ وطنيٍّ فإن الولد يتبع الأم لأنها أفضل حالاً من الأب فيقول أحد الفقهاء : " ولو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالولد كتابى لأن فيه نوع نظر له " [3]

وقد قال صاحب السير الكبير : " لو أُسرَتْ أَمَةٌ من دار الإسلام وكانت مسلمةً أو وطنيةً غيرَ مسلمة ووطئها الآسر لها وأنجبت أولاداً ، ثم ظهر المسلمون على هذه الدار وفُكَّ أسرُها فهى حرة وأولادها مثلها .... [4]

ثالثاً:- جعل الإسلام أولويةً للأم فى حضانة الصغار من الأولاد

فما اتفق عليه فقهاءُ الإسلام أن الحضانة للأم ما لم تتزوج وإذا تزوجت

---

(1)المدونة الكبرى – رواية سحنون – ط 1 – جـ3 – صـ307 ، 308 .

(2)ابن حزم – المحلىّ – جـ5 – صـ945 .

البناية فى شرح الهداية – للعينى – جـ4 – صـ780 ، واللباب فى شرح الكتاب – جـ3 – صـ29 .

(3)محمد بن الحسن – السير الكبير – جـ5 – صـ104 ، 105 .

(4)الإمام عبد الوهاب بن أحمد بن على الشافعى المعروف بالشعرانى – الميزان الكبرى الشعرانية – ضبطه وصححه الشيخ/ عبد الوارث محمد على – منشورات محمد على بيضون – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – جـ1 صـ196 ، وانظر الأم – للإمام الشافعى – جـ5 – صـ82 .

ودخل بها الزوج سقطت حضانته [1] كما أن القضاءَ المصرىَّ استقر على عدم سقوط الحضانة عن الأم فى فترة حضانتها حتى ولو تنازلت عن هذه الحضانة ، وإن هذا التنازل يقع باطلاً . [2]

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " الأصل فى تشريع الحضانة هو مصلحة الصغير، وهى تتحق بأن تضمه الحاضنةُ على نفع ورعاية المحضون وهى مقدمة على أية مصلحة لغيره، ولولى الأمر بالتالى أن يقدِّر ما يراه خيراً للصغير ..... " وقد اهتم المقننُ المصرىُّ بأمر الحضانة فنَظَّمَ أحكامَها بالمادة 20 من قانون الأحوال الشخصية رقم 29 لسنة 1929م ، وبالمادة 7 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996م [3] فلما

---

(1)انظر فى هذا حكم محكمة استئناف الإسكندرية الدائرة 17 أجانب بجلسة يوم 23 محرم 1398هـ / 1978/1/3م فى الدعوى رقم 54 سنة 1976م ، وقد تنازلت الزوجة المصرية لزوجها الليبى عن حقها فى الحضانة أمام محكمة بنى غازى بليبيا فى القضية رقم 873 سنة 1974م ، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة برفض طلب الزوج أخذ المحضون وذلك لوقوع هذا التنازل والإسقاط باطلاً لأنها ليس لها أن تصالح على إسقاط حقها فى حضانة لما فى ذلك من تفويت حق الصغير " د/ هشام خالد – أحكام الزواج للمصريين من الأجانب – دار الفكر الجامعى – 2000م صـ403 وما بعدها .

(2)القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية – دستورية بحكمها الصادر فى 15 مايو 1993م – أحكام المحكمة الدستورية – جـ5 – مجلد 2 – صـ260 ، 290 – المبادئ 10 ، 11 ، 12 ، 13 – مشار إليه لدى د/ صلاح الدين جمال مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب – دارسة مقارنة – دار الفكر الجامعى – الإسكندرية – 2004م صـ41، 42 .

(3)انظر د/ صلاح الدين جمال – مشكلات الحضانة – صـ4 ، وقد قررت المادة 20 أن حضانة الصغير تثبت للنساء من وقت ولادته حتى يستغنى عن خدماتهن أى بلوغه سن سبع سنوات ويجوز زيادتها إلى تسع سنوات إذا ثبت أن مصلحته تقتضى ذلك "=

كانت الحضانة هامة وكان الشرع الحنيف قد عهد بها إلى الأم فهو تثبيت وتقوية لمركز الأم، ومن ثمَّ قد جعل القانونُ المصرىُّ سنَّ حضانة الصغير حتى بلوغه عشر سنوات، والصغيرة اثنتى عشرة سنة ويجوز مدها فى حق الصبى إلى الخامسة عشرة، وفى حق الفتاة إلى أن تتزوج فهذا أثر شديد وقوي لتأثر الابن والبنت بجنسية الأم فى الشرع الحنيف والقانون المصرى .

رابعاً :- جعل الإسلام للأم مركزاً مرموقاً عند أولادها .

فالأم التى حملت وهناً ووضعت وهنا جديرةٌ أن تنزل منزلة عظيمة عند أولادها حتى جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتى ؟ قال : " أمك " قال : ثم من ؟ قال " أمك " قال : ثم من ؟ قال : " أمك " قال : ثم من ؟ قال : " أبوك "[1] فهذا تأكيدٌ وتركيزٌ وتقويةٌ لمركز الأم عند أبنائها ، وأصبح من ثَمَّ عقوقَ الأمِ كبيرةً من الكبائر حتى قال النبى ﷺ : " إن الله حرمَّ عليكم عقوق الأمهات .... "[2]

=وقد تم التعديل بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1985م حيث أصبح حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغيرة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة .. إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك " ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يلى بالأم على من يلى بالأب .. الأم فأم الأم وإن علت ... " انظر بالتفصيل : د/ محمد السنارى – قوانين الأحوال الشخصية – إصدار مركز البحوث بمجمع السنارى – صـ25 ، 26 ، 27 .

(1)الحديث رواه أبو هريرة ﷺ صحيح البخارى – كتاب الأدب – باب من أحق الناس بحسن الصحبة – صـ1235 ، ومسلم – كتاب البر والصلة والآداب – باب بر الوالدين وانهما أحق به – صـ1271 واللفظ للبخارى .

(2)رواه المغيرة – صحيح البخارى – كتاب الأدب – باب عقوق الوالدين من الكبائر – صـ1236 .

وإن صلة الأم لواجبة حتى ولو كانت أجنبية عن الدار وكانت من غير المسلمين، تقول أسماء قدمت علىّ أمى وهى مشركة فى عهد قريش ومدتهم إذ عاهدوا النبى ﷺ مع أبيها فاستفتيت النبى ﷺ فقلت : إن أمى قدمت وهى راغبة قال : " نعم صلى أمك "[1] وبسبب عدم إجابة الأم أصاب جريج الراهب ما أصابه من الفتنة التى حدَّثَ بها رسولُ الله ﷺ[2]

وفضل الأم وقدرها أعظم من أن تضمه صفحات رسالة ، فإذا كان هذا قدرها وتلك منزلتها فإنه يؤكد أن الأم أقدر على نقل الجنسية للأبناء أكثر من الآباء إن لم يكن مثلهم، ولا مساس فى كل هذا بقضية مساواة أو عدم مساواة الرجل والمرأة[3]

المطلب الثانى

الوضع بعد صدور القانون 154 لسنة 2004م

أخيرا انحنى المقننُ المصرىُّ للضغوط، وذلك بعد أن تخلى عن تأثره القديم[4] واستجاب لمطالب

---

(1)رواه هشام بن عروة عن أسماء – صحيح البخارى – كتاب الأدب باب صلة المرأة أمها ولها زوج – صـ1236 .

(2)انظر أحاديث مسلم فيها – كتاب البر والصلة والآداب – باب تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها صـ1272 : 1273 .

(3)قارن مع هذا ما تقول به د/ حفيظة الحداد – الاتجاهات المعاصرة ..... – صـ36 وما بعدها .

(4)زعم البعض أن القانون 26 لسنة 1975م كان متأثراً بالشريعة الإسلامية فى تميزه بين أبناء الأب وأبناء الأم . د/ حسام الدين فتحى ناصف – جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنبى .... – صـ947 وما بعدها وقد برئت ساحة الشريعة الغراء من هذه الدعاوى ، والحق أن المقنن المصرى يومها كان متأثراً بالقوانين الغربية كالقانون الفرنسى الصادر فى 19 أكتوبر سنة 1945م الذى كان ينص فى=

الفقه ولآخرين [1] فسوى بين أبناء الأم المصرية وأبناء الأب، ويتضح هذا فى الفصل بين الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة على النحو الآتى :-

الفرع الأول

فى مجال الجنسية الأصلية

نص المقننُ فى المادة الثانية من القانون **154** لسنة **2004**م على أن :

"يكون مصرياً :-

من وُلِدَ لأب مصرىٍّ أو لأم مصريةٍ . ولقد جاء القانونُ الجديدُ بعدة أمور فى مجال الجنسية الأصلية تتمثل فيما يأتى :-

أولاً : سوت بين أولاد الأب وأولاد الأم

وذلك بنص المادة الثانية الماثلة ولكن يشترط لإعمال هذا الحكم توافر عدة شروط :-

1- الميلاد لأم مصرية : بمعنى أن يولد هذا الابنُ وأمه مصريةٌ لحظة ميلاده سواء كانت جنسيتها أصلية أم طارئة، وبصرف النظر عن جنسية الوالد، كما أنه لا عبرة بمكان ميلاده فيستوى وقوعه فى إقليم مصر أو خارج هذا الإقليم .

2- أن تكون البنوة شرعية : وهذا يستدعى وجود زواج صحيح وثبوت على الوجه القانونى البينة أو الفراش أو الإقرار . وعلى ذلك

=المادة 17 أولاً : " يكون فرنسيا الولد الشرعى المولود من أب فرنسى " وفى مادته 18 أولاً : يكون فرنسياً الولد الشرعى المولود من أم فرنسية ومن أب لا جنسية له أو كانت جنسيته غير معلومة ، وقد عصب المقنن فى الدول العربية عينيه وأتبع أثر القانون المصرى قصصاً – مرجع القضاء .... – صـــ356 .

(1)الجمعيات النسائية .

لا يعتد بالنسب غير الشرعى، وهذا بالنسبة للأب فقط، أما الأم فإن الابن يثبت نسبه إليها فى كل الأحوال سواء أكان فى زواج صحيح أو غير صحيح، أو بدون زواج أصلاً، وبالتالى يحصل ابن الأم على الجنسية فى جميع هذه الأحوال . ومتى توافر الشرطان الماثلان، اعتبر ابن الأم المصرية مصرياً وبقوة القانون [1]

ثانياً : الحق فى التخلى عن الجنسية :

نصت المادة الثانية فى الفقرة الثانية على أن : " يكون لمن تثبت له جنسيةٌ أجنبيةٌ إلى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة الأولى، أن يعلن وزيرُ الداخلية رغبتَه فى التخلى عن الجنسية المصرية، ويكون إعلانُ هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو من يتولى التربية فى حالة عدم وجود أيهما " ويشترط لإعمال حكم التخلى كما جاء بالمادة الثانية هذه عدة شروط فمن جهة يُشترط ثبوتُ الجنسية المصرية على وجه صحيح وذلك بالميلاد لأم مصرية، وثبوتُ نسبه منها، ومن جهة أخرى أن يكون قد ثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية المصرية، بأن يكون أبوه أجنبياً وقد دخل فى جنسية الوالد، ومن جهة ثالثة أن يعلن هذا الولدُ رغبتَهُ فى التخلى عن الجنسية المصرية إلى وزير الداخلية إذا كان راشداً، أما إن كان قاصراً فيكون إعلان هذه الرغبة من جانب نائبه القانونى أو من الأم أو من يتولى تربيته فى حالة عدم وجود أيهما، فإذا

---

(1)انظر فى هذا بالتفصيل المناسب : د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .... – صـــ89 وما بعدها ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/حفيظة الحداد – القانون الدولى ...... – صـــ113 وما بعدها ، د/ جمال الكردى – أولاد الأم المصرية بلا هوية رغم تعديل قانون الجنسية – دار النهضة العربية صـــ16 وما بعدها .

اكتملت هذه الشروطُ كان لوزير الداخلية بسلطته التقديرية أن يقرر قبولَ التخلى عن الجنسية من هذا الابن وله الرفض، والأمر تقديرى لكليهما : للابن الذى يحق له التقدم بطلب التخلى أو عدمه، وللوزير الذى يحق له تبعاً لسلطته التقديرية أن يقبل هذا التخلى أو يرفضه . و يفهم ذلك من النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية بالقول : "ويكون البتُّ فى زوال الجنسية المصرية بالتخلى أو ردها إعمالاً لهذه الأحكام بقرار من وزير الداخلية "(1)

ثالثاً : الحق فى استرداد الجنسية بعد التخلى عنها :

وقد جاء النصُّ على الحق فى استرداد الجنسية بعد التخلى عنها فى الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون 154 لسنة 2004م بالقول بأن " للقاصر الذى زالت عنه الجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة أن يعلن رغبته فى استردادها خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد " ويشترط أن يكتسب الابنُ الجنسيةَ المصريةَ بالميلاد لأم مصرية، وأن يكون قد تخلى عنها إعمالاً للحكم السالف، وأن يعلن الابنُ رغبتَه فى استرداد الجنسية المصرية فى خلال السنة التالية لبلوغه سن الرشد، وأن يصدر قرار من وزير الداخلية برد الجنسية إليه، وللوزير سلطة تقديرية فى رد الجنسية أو عدم ردها إلى هذا الابن ، ولكن ما الحل لو كان هذا الابن قد تخلّى عن الجنسية إعمالاً لحكم المادة الماثل بعد بلوغه سن الرشد ؟ فى الواقع أن الابن يحق له طلبُ الاسترداد مادام لم تمض مدةُ السنة المشار

---

(1)انظر فى عرض هذه الحالة : د/ هشام صادق ،د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد – القانون ..... صـ128 وما بعدها ، د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .... – صـ200 ، د/ جمال الكردى – أولاد الأم المصرية .... – صـ27 ، 28 .

إليها فإذا تجاوزها فلا يحق له طلب الاسترداد إعمالاً للمادة الماثلة ، وكأن الرخصة التى وضعها المقنن هنا لاسترداد الجنسية كانت لمصلحة القاصر(1).

الفرع الثانى

فى مجال الجنسية الطارئة

نص المقنن فى المادة الثالثة من القانون رقم 154 لسنة 2004م(2) والتى حلّتْ محلَّ المادة الثالثة من القانون رقم 26 لسنة 1975م على جنسية أولاد الأم المصرية الطارئة التى تلحق بهم فى وقت لاحق على الميلاد ، وذلك بنصها على أن " يكون لمن ولد لأم مصرية وأب غير مصرى قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلن وزيرَ الداخلية برغبته فى التمتع بالجنسية المصرية ويعتبر مصرياً بصدور قرار مسبب منه بالرفض ويترتب على التمتع

---

(1)لمزيد من التفصيل انظر : د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد – القانون ...... صـ132 وما بعدها ، د/ جمال الكردى – أولاد الأم .... – صـ30 وما بعدها ، د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ – صـ200 وما بعدها .

(2)ويسميها البعض بـ : حكم انتقالى خاص بالمولود لأم مصرية قبل العمل بالقانون رقم154 لسنة 2004م ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد – القانون .... – صـ134 ، بينما يسميها البعض بـ : " التجنس القائم على الصفة الوطنية للأم ، د/ محمد الروبى ، د/ جابر سالم عبد الغفار ، د/ خالد عبد الفتاح محمد – أحكام الجنسية ومركز الأجانب وفقاً لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004م المعدل للقانون رقم 26 لسنة 1975م بشأن الجنسية المصرية – دار النهضة العربية – صـ202 ، ويسميها البعض بـ الآثار بالنسبة للجنسية المكتسبة بالتجنس للانتساب لأم مصرية ، د/ جمال الكردى – جنسية أولاد الأم المصرية ..... – صـ33 .

بالجنسية المصرية تطبيقاً لحكم الفقرة السابقة تمتُّع الأولاد القصر بهذه الجنسية، أما البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية باتباع ذات الإجراءات السابقة، فإذا تُوفىَ مَنْ وُلِدَ لأم مصرية وأب غير مصرىّ قبل تاريخ العمل بهذا القانون يكون لأولاده حقُّ التمتُّع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين، وفى جميع الأحوال يكون إعلان الرغبة فى التمتع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجودهما وتحتوى هذه المادة على عدة أحكام للجنسية الطارئة لأولاد الأم المصرية . (1)

فمن جهة يكون لأولاد الأم المصرية الذين وُلدُوا قبل 15 يوليو 2004م أى قبل تاريخ العمل بالقانون الماثل، أن يعلنوا وزيرَ الداخلية برغبتهم فى الدخول فى الجنسية المصرية، ويُعَدُّوا مصريين بصدور قرار بذلك من وزير الداخلية أو بانقضاء سنة من تاريخ الإعلان دون صدور قرار مسبب بالرفض .

ومن جهة أخرى يكون لأحفاد الأم المصرية من أولادها الذين وُلدُوا قبل العمل بالقانون الحالى والذين اكتسبوا الجنسيةَ المصريةَ بالحكم السابق، يكون لهم التمتُّعُ بالجنسية المصرية بالتبعية متى كانوا قصَّراً، أما البالغون منهم فيتبعون ذات الإجراءات التى وجبتْ فى حق الوالد كما

(1)يلاحظ أن المساواة بين أبناء الأم وأبناء الأب المصرى فى الجنسية الأصلية أتم منها فى الجنسية الطارئة ، حيث لم يرد ما يسوّى بين أبناء المتجنسة وبين أبناء المتجنس بالجنسية المصرية كما فعل ذلك أكثر القوانين الحديثة كالقانون الفرنسى فى مادته 84 من القانون 1973م والتى تقضى بأن يصبح الطفل القاصر فرنسياً بقوة القانون متى اكتسب أحد والديه الجنسية الفرنسية ، د/ عبد الحكيم عبد الرحمن – جنسية المرأة المتزوجة .... – صـ121

فى الحالة السابقة وهذا يعنى أنه من الممكن أن يحصل الحفيد البالغ الذى وُلدَ أبوه قبل العمل بهذا القانون على الجنسية المصرية بهذه الإجراءات حتى ولو لم يحصل عليها والده ابن الأم المصرية .

ومن جهة ثالثة أنه متى تُوفِّىَ ابنُ الأم المصرية قبل العمل بهذا القانون وكان له أولادٌ فإنه يحق لأولاده البالغين والقصر التمتع بالجنسية المصرية بالإجراءات المنصوص عليها آنفاً .

ومن جهة رابعة : يكون إعلانُ الرغبة فى التمتُّع بالجنسية المصرية بالنسبة للقاصر من نائبه القانونى أو من الأم أو متولى التربية فى حالة عدم وجودها . (1)

المطلب الثالث

جنسية أبناء الأم الذين أنجبتهم من أجنبى فى ظل نكاح مخالف لأحكام القانون المصرى

عالج القانون رقم 154 لسنة 2004م ما اعترى القانون 26 لسنة 1975م من قصور فى حق أولاد الأم المصرية فقد سوَّى بينهم وبين أولاد الأب المصرى لكن ما الحل لو أن مصريةً تزوجتْ من أجنبى بالمخالفة لأحكام القانون المصرى فى الزواج كأن تزوجتْ وهى مسلمةٌ من غير مسلم، أو تزوجتْ وهى غيرُ مسلمة بالمخالفة للشرائع الملية أو لأحكام القانون المصرى، ثم أنجبتْ من هذا الزوج أولاداً ؟ وبعيداً عن الخوض فى صحة أو بطلان هذا الزواج، هل يكتسب هؤلاء الأبناءُ الجنسيةَ المصريةَ عملاً بأحكام القانون 154 لسنة 2004م ؟

(1)لمزيد من التفصيل فى شرح المادة الثالثة انظر : المراجع المشار إليها فى الهامش(1)

وللإجابة على هذا التساؤل أحب أن أوضح بعض الأمور :-

1- لقد أخضع المقننُ المصريُ شروطَ انعقاد الزواج لقانون كل من الزوجين ومن الشروط الموضوعية هذه موانع الزواج التى منها اختلاف الدين بين الزوجين فمن المُجْمَع عليه عدمُ صحة زواج المسلمة بغير المسلم مطلقاً ، وحتى مع الأخذ بالتطبيق الموزع لهذه الموانع فلن يصح مثل هذا الزواج مطلقاً .

2- إن فكرة النظام العام سوف يكون لها دورٌ كبيرٌ فى استبعاد القانون الأجنبى الذى يجيز زواجَ المسلمة بغير المسلم وذلك لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية التى تمنع عقد مثل هذا الزواج، وهى التى تشكل ثقلاً ومركزاً كبيراً فى مفهوم النظام العام فى بلد دينُه الإسلامُ، وقواعد الدين تشكل المصدرَ الرئيسىَّ للتشريع فيه فإذا سلم هذا العيب من المادة 14 فلن يسلم من مخالفة النظام العام . (1)

3- ثم جاءت المادة 14 باستثناء عام لصالح القانون المصرى، وذلك فى كل حالة يكون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصرى يسرى وحده على الزواج ومن ثم عدم صحة الزواج المعنى لكون الزوجة مصرية مسلمة أو غير مسلمة .

هذه الأحوال الثلاثة قد دعتْ بعضَ الفقهاء للقول بأنه : " يجب أن نكون بصدد بنوة شرعية أى بنوة أساسها الزواج الصحيح الذى يكون

---

(1)د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين – 2004/ 2005م – صـ203 .

أحد أطرافه الزوج أو الزوجة مصرياً ... " (1) ثم يعود للتأكيد على ذلك فيقول : " والخلاصة أن حاصل الشرط الثانى هو أن يتعلق الأمر ببنوة شرعية أى قيام رابطة الزوجية الصحيحة ... " (2)

لكن فى الواقع أن اشتراط أن يكون هناك نكاحٌ صحيحٌ حتى يتسنى منْحُ الجنسية لأبناء الأم المصرية ليس له مبرر من القانون ولا من الفقه وهو اشتراطٌ زائدٌ عن إرادة المقنن ولذلك لا يشترط صحة أو عدم صحة النكاح عند الحديث عن تمتع أبناء الأم المصرية بالجنسية وذلك للآتى :-

أولاً : لا يوجد سند من القانون يفيد اشتراط صحة الزواج ففى قانون 26 لسنة 1975م كانت المادة الثانية تنص على أن : " يكون مصرياً . 2- من ولد فى مصر من أم مصرية ومن أب .. 3- من ولد فى مصر من أم مصرية ولم يثبت نسبته إلى أبيه قانوناً .. "

فالفقرة الثانية وردت مطلقة هكذا " من أم مصرية " ولو أراد المقننُ هذا الشرطَ لقال مثلاً " من زوجة مصرية " ثم أكد على هذا فى الفقرة الثالثة التى حرصتْ على تأكيد حق المولود لأم مصرية فى الجنسية المصرية متى لم يثبت نسبه من والده الأجنبى، فإن المقننَ قد أعطى المولودَ لأم مصرية الذى لم يثبت نسبُه من والده الأجنبى الجنسية المصرية فيكون المولود لأم مصرية من نكاح غير صحيح أولى بهذه الجنسية منه، وبمثله جاء نص المادة الثالثة من القانون المذكور حتى فى ظل تلك المادة وفى حق

---

(1)د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد – قانون .... – صـ122 .

(2)ذات المرجع السابق – صـ123

الأب لم يكن يشترط من الفقه إلا بثبوت نسب الابن إليه قانوناً [1] والنسب يثبت مع النكاح الصحيح بالفراش، أو فى زواج فاسد، وكذلك يثبت النسب بالإقرار والبينة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين [2]

ثانياً :- أن النص بعد التعديل الجديد أصبح " يكون مصرياً :

1- من ولد لأب أو لأم مصرية " ومن ثمَّ فإن الفقه قال فى ظل النص الجديد : " فإن النص الجديد اعترف بحق الدم من ناحية الأم كسبب كاف بذاته لتمتع المولود بالجنسية المصرية الأصلية ويستوى فى ذلك أن يكون الأبُ مصرياً أو أجنبياً معلوم أو مجهول الجنسية أو كان الطفل مجهول الأبوة .... " [3] ويوضحه آخر بقوله : " سواء ولد فى مصر أم فى الخارج وبصرف النظر عن حالة الأب هل هو مجهول أو معلوم يحمل جنسية دولة أو أكثر أو حتى بلا جنسية [4] بينما يشترط البعض " أن يكون الأبُ غيرَ مصرى " وهو محل تحفُّظٍ [5] لكنه لم يشترط صحة الزواج .

---

(1)د/ فؤاد رياض – الوسيط ..... – صـ169 ، بدر الدين شوقى – الوسيط ... – صـ62 ، د/ عكاشة عبد العال – القانون .... – صـ 120 ، 121 ، د/ سراج حسين أبو زيد – محاضرات ..... – صـ98 .

(2)وقد سبق الإشارة لذلك .

(3)د/ محمود مصيلحى ، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ...... – صـ94 .

(4)د/ جمال الكردى – أبناء الأم المصرية بلا هوية .... – صـ11 ، صـ39 .

(5)وذلك لأن فيه تقييد لعموم النص بلا سند فمن المتصور أن يكون الأب مصرياً لم يثبت نسب الولد إليه ، أو يكون الأب وطنياً ، أو يكون الأب عديم الجنسية ، أو غير معلوم الجنسية أو أجنبياً وهذا يعنى أن الشرط لا ينطبق إلا على صورة واحدة وهى صورة الأب الأجنبى – انظر فى إيراد هذا الشرط : د/ محمد الروبى ، د/ جابر سالم عبد الغفار ، د/ خالد عبد الفتاح محمد – أحكام الجنسية ومركز الأجانب – دار النهضة العربية – صـ206 ، 207 .

ثالثاً :- أن البنوةَ وثبوتَ النسب أثرٌ من آثار الزواج، وكذا الجنسية التى يحصل عليها الأولادُ إنما هى من آثار الزواج والمادة 13 تقضى بأن " يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوجُ وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقدُ الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال " فالجنسية التى تترتب على الزواج إنما هى من آثاره .

ولما كانت البنوة جزءاً من الحالة التى تخضع لقانون جنسية الشخص [1] وذلك طبقاً للمادة 11 من القانون المدنى والتى تقضى بأن : " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم " ثم إن المادة 14 والتى وضعت أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، عادت المادة ذاتها لتخرج فيما عدا شرط الأهلية للزواج "

رابعاً :- على فرض صحة ما انتهى إليه بعض الفقهاء من أن النسب يثبت وفقاً للقواعد الداخلية فى القانون المصرى [2] أى طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والشرائع الملية فيما لا يخالف النظامَ العامَ، فإنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والراجح فى المذهب الحنفىِّ . نجد أن النسب يثبت فى النكاح الصحيح وغير الصحيح فمن ذلك قولُ بعضهم : " لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة ... " [3] ويؤكد آخر على ثبوت النسب بالنكاح غير الصحيح الذى تم الدخول فيه فيقول : " وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل

---

(1)د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين .... – صـ240 .

(2)د/ فؤاد رياض – الوسيط ..... – صـ169 ، د/ هشام صادق – الجنسية .... – صـ374 ، د/ هشام صادق ، د/ عكاشة عبد العال ، د/ حفيظة الحداد – القانون ..... – صـ82 وما بعدها .

(3)الإمام العينى – البناية فى شرح الهداية – دار الفكر – جـ5 – صـ469 .

الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب .. " [1] ويأتى به آخر فى صورة دعوى إلى القضاء فيقول : " وإذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح الفاسد .. وإن دخل بها فلها ... ويثبت نسب ولدها " [2] ويردف البعض قائلاً : " وباطله " الزواج " ما لم يصح إجماعاً و ... ويلزم فيه بالوطء ... ويلحق النسب بالجاهل .. " [3]

ثم يذكر فقهاءُ الحنفية أن الأنكحةَ الفاسدةَ والباطلةَ فى حق غير المسلمين يثبت النسب بها جميعاً ثم يرثون بهذا النسب ... " [4] وهو ثابت عند المعاصرين من الفقهاء [5] وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها : " إن النسب يثبت بالفراش الصحيح وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناءً على عقد فاسد أو شبهة كما أن المقرر فى الفقه الحنفى أن

---

(1)الإمام الكاسانى – بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع – دار الكتاب العربى – لبنان – 1402هـ / 1982م – ط 2 – جـ1 – صـ335 .

(2)الشيخ/ عبد الغنى الغنيمى – اللباب فى شرح الكتاب " متن القدورى " المكتبة العلمية – بيروت – لبنان – جـ3 – صـ23 .

(3)الإمام محمد بن على الشوكانى – السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار – تحقيق/ قاسم غالب وآخرين – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة 1403هـ / 1982م – ط2 – جـ2 – صـ297 .

(4)الإمام/ محمد بن حسين الطودى القادرى الحنفى – تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق – طبع على نفقة قارى محمد إسماعيل – مكتبة الماجدين – جـ8 – صـ500 وما بعدها .

(5)د/ عبد الكريم زيدان – المفصل فى أحكام المرأة والبيت المسلم – مؤسسة الرسالة 1420هـ / 2000م – ط3 جـ7 – صـ327 ، جـ9 – صـ333 وما بعدها ، د/ عبد الرحمن الصابونى – نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى ضوء الإسلام – دار الفكر – دمشق – صـ176 وما بعدها .

الزواج الذى لا يحضره شهودٌ زواجٌ فاسدٌ يترتب عليه آثار العقد الصحيح بشأن ثبوت النسب بالدخول الحقيقى ... " [1]

النتائج المترتبة على الفصل الماثل

يترتب على العرض السابق جملةٌ من النتائج أهمها :-

أولاً : أن الفقه الإسلامى قد سوى بين الرجل والمرأة فى شأن نقل الجنسية إلى الأولاد على سواء .

ثانياً : أن المقننَ المصرى كان يفرق بين الأب والأم فى إمكانية نقل الجنسية إلى الأولاد . ولم يتخلص المقنن المصرى من هذه التفرقة إلا بصدور القانون رقم 154 لسنة 2004م .

ثالثاً : أن الفقه المصرى انقسم فى ظل التشريع القديم بين مؤيد ومعارض لمنهج المقنن المصرى فى عدم التسوية بين الأب والأم فى نقل الجنسية للأولاد وأن حجج المؤيدين لمسلك المقنن المصرى كانت واهية.

رابعاً : أن تشريع الجنسية المصرى لا يزال يحتاج إلى تنقيح وتعديل حتى يتوافق مع الفقه الإسلامى الذى إذا أعمل أحكامه وتنظيمه لوصل إلى ما لم تصل إليه أفضل قوانين الجنسية والمدنية الحديثة .

---

(1)الحكم فى الطعن رقم 220 لسنة 62 ق – أحوال شخصية بتاريخ 2 محرم 1417هـ الموافق 20 مايو 1996م انظر : المستشار / حسن حسن منصور – المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية 1997م – دار الجامعة الجديدة صـ352 وما بعدها

خامساً : أن أبناء الأم المصرية التى تزوجت من أجنبى بالمخالفة لأحكام القانون المصرى أو الشريعة الإسلامية يستحق أولادُها من هذا الزواج الحصولَ على الجنسية المصرية مثل أولاد الأم التى تتزوج زواجاً صحيحاً .

سادساً : أن الفقهَ الإسلامىَّ برئٌ من التفرقة العنصرية والجنسية التى هى من صنع المدنيات الحديثة .

الباب الثانى

أثر الزواج على الميراث والنفقة



يعد الميراث الذى سببه الزواج، وكذا نفقة الزوجية من أهم آثار الزواج وخاصة فى زواج متعددى الجنسية ، حيث تعج المحاكم بالدعاوى التى يرمى أصحابها من ورائها إلى تحصيل نفقة ، أو الاستحواذ على نصيب من ميراث عن أثر علاقة زوجية ، من هنا آثرت أن أجعلها محور بحثى فى الباب الماثل، وأقسمه إلى فصلين :-

الفصل الأول :- الميراث بالزوجية .

الفصل الثانى : نفقة الزوجية .

وقد قدمت الميراث بالزوجية على نفقة الزوجية لعدة أسباب :-

فمن جهة يعد الميراث بالزوجية أهم آثار الزواج المترتبة على الوفاة كما أن نفقة الزوجية لا تظهر إلا فى حالات الشقاق ولا تظهر فى حالات الوفاق فكان وفاة أحد الزوجين تبقى معه المودة والرحمة ولكن الشقاق الذى يعقبه مطالبة بالنفقة يقطع أواصر المودة والرحمة بين الزوجين كما أن الميراث بين الزوجين محل جحود إنسانى وهو واقع أكثر من نفقة الزوجية ، لذا رأيته جديراً بأن يقدم على نفقة الزوجية فى هذه الدراسة . وبرغم أن نفقة الزوجية متقدمة على ميراث الزوجية فى دنيا الواقع .



الفصل الأول
الميراث بالزوجية

ويشتمل على مبحثين :-

المبحث الأول : مقدار ميراث الزوجين وشروطه .

المبحث الثانى : القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين .

تواترت الشرائعُ الإنسانيةُ السماويةُ منها والوضعيةُ على اعتبار الزواج سبباً من أهم أسباب استحقاق الميراث بين الزوجين، ولكن ما مقدار الميراث بين الزوجين ؟ وما شروط التوارث بالزواج ؟ وما القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين ؟ وما موقف القوانين من توريث أحد الزوجين من الآخر عند اختلافهما ديانةً أو جنسيةً ؟

وأجيب على هذه التساؤلات فى الفصل الماثل على أن أقسمه إلى مبحثين :-

المبحث الأول :- مقدار ميراث الزوجين وشروطه .

المبحث الثانى :- القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين، وتوريث الزوجين عند اختلاف الديانة أو الجنسية .

المبحث الأول

مقدار ميراث الزوجين وشروطه .

برغم اتفاق أغلب الشرائع على الاعتداد بالزواج كسبب للميراث بين الزوجين إلا أنها اختلفت فى المقدار المستحق لأحد الزوجين عند وفاة الآخر وكذا فى شروط هذا الميراث، لذا أقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

أخصص أولهما لبيان المقدار المستحق فى ميراث الزوجية ، وأخصص الثانى لشروط التوارث بالزواج .

المطلب الأول

مقدار نصيب كل من الزوجين فى تركة الآخر عند وفاته

قد يصل ميراث أحد الزوجين من الآخر إلى جميع التركة ، وربما كان نصفها أو أقل من ذلك، وهذا على النحو الذى توضحه الفروع التالية:

الفرع الأول

استغراق جميع التركة ميراثاً للزوج الباقى على قيد الحياة .

قد يصل ميراث أحد الزوجين من الآخر إلى جميع تركة المتوفَّى منهما وهذا الاستغراق لا يخرج عن الغصون الأربعة التالية :-

الغصن الأول

استحقاق أحد الزوجين جميع التركة

عند عدم وجود وارثين آخرين .

عندما يقتصر الورثة الباقون على قيد الحياة على زوج أو زوجة ، فإن هذا الباقى منهما على قيد الحياة يأخذ نصيبه المفروض أولاً ثم يرد عليه

باقى التركة لعدم وجود فرع وارث، وينسب هذا القول لسيدنا عثمان بن عفان ﷺ، ودليله فى ذلك أن الفروض إن زادت عالت فينقص من نصيب الزوجين عند العول ، فمن العدل أن تزيد عند الزيادة، وذلك عند عدم وجود ورثة آخرين[1] وهو رأى لبعض الشيعة أيضاً[2] وهو ما أخذ به المقننُ المصرىُ[3]، وذلك بنصه على أنه : " إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبة من السبب رد الباقى على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام " . وعلى هذا الدرب سارت أكثر القوانين العربية ومنها القانون السورى[4]

وهذا هو المعتمد لدى بعض الدول الغربية، ومنها قانون المواريث اليونانى[5] وذلك بالمادة 1821 فى ميراث الطبقة الخامسة بقولها " يرث

---

(1)عرضه تفصيلاً : الإمام/ محمد أبو زهرة – الميراث عند الجعفرية – دار الفكر العربى – صـ78، أبو اليقظان عطية الجبورى – حكم الميراث فى الشريعة الإسلامية – دار الندوة الجديدة – بيروت لبنان – ط2 – 1406هـ / 1986م – صـ261، 262

(2)ذكره الشيخ أبو زهرة – الميراث عند الجعفرية ..... – صـ86

(3)م 30 من القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن المواريث . انظر الوقائع المصرية فى 12 / 8 / 1943م– العدد 92

(4)القانون رقم 59 الصادر فى تشرين الثانى سنة 1953م، انظر فى العرض والشرح : أ/ خيرى المفتى – علم الفرائض والمواريث فى الشريعة الإسلامية والقانون السورى – صـ49، وذلك فى المادة 1/288، 2 . وبذات النص فى القانون المصرى تقريباً

(5)القانون المدنى اليونانى رقم 2250 والصادر بتاريخ 1940/3/15م والمعمول به من أول 1941/7م . انظر فى العرض والتعليق أ/ كامل عثمان – المرشد فى الأحوال الشخصية فى القانون المقارن .... وفى التشريع اليونانى والإنجليزى والإيطالى – مطبعة الفجالة – ط1 – 1958م – صـ159 .

الزوجُ الباقىُ على قيد الحياة كافةَ الميراث عند عدم وجود أقارب للمورث من الدرجة الأولى والثانية والثالثة والرابعة " ومن الواضح أنها تتبنى ذات الاتجاه وذلك لأن هذه المادة سبقها بيان بالوارثين من الطبقات المشار إليها، وعلى مثله نص القانون الإنجليزى[1] بقوله : " إذا خلف المورثُ المتوفَّى دون وصية زوجاً أو زوجةً فتسرى القواعد التالية :- 1- إذا تُوفِّىَ المورثُ دون وصية ما : (أ) ولم يترك أولاداً . (ب) ولا أبوين، ولا أخاً شقيقاً ولا أختاً شقيقة، ولا أبناء أخ شقيق و لا أبناء أخت شقيقة : فإن تَرِكَتَه تؤول جميعها إلى الزوج الذى على قيد الحياة أو الزوجة التى على قيد الحياة "

وفى الشريعة اليهودية ذكر بعضُ الفقهاء أنه ليس هناك حكم واضح لميراث الزوجة، وأنه من المؤكد أن الأولاد يحجبونها أما فى حالة عدم وجود الأولاد، فيرى بعض الفقهاء أن التركة تؤول إليها وأنها تحجب إخوة المتوفَّى[2] وفى شريعة الأقباط الأرثوذكس فى مصر وبحكم المادة 181 والتى تنص على أن للزوج فى ميراث زوجته أحوالاً ثلاثة ...... الحالة الثالثة: كل التركة إذا لم يكن للزوجة وارث من الفروع والأصول والحواشى .

وفى المادة 182 والتى تنص على أن حكم الزوجة فى ميراث زوجها كحكم الزوج فى ميراث الزوجة سواء بسواء[3] وعند طائفة الروم

---

(1)قانون المواريث الصادر فى سنة 1952م مادة رقم 46، فى العرض والتعليق أ/ كامل عثمان - المرجع السابق صـ204 .

(2)ذكره د/ صوفى أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - دار النهضة العربية - 1976م - صـ281 .

(3)أ/ كامل عثمان - المرشد فى الأحوال الشخصية - ط1 - 1958م - صـ51

الأرثوذكس تنص المادة 311 على أن للزوجة فى تركة زوجها ثلاث حالاتٍ بنفس ما عند الأقباط الأرثوذكس .[1]

فهذا هو فرض الاستغراق لجميع التركة بين الزوجين وهو أمر يؤيده العقل والواقع على نحو ما هو موضح آنفاً .

الفصن الثانى

استحقاق الزوج [الرجل] جميع التركة

عند عدم وجود مستحقين آخرين

هذه الفرضية قال بها بعض أئمة المذهب الشيعى الذين يرون أنه يُرَدَّ على الزوج ولا يُرَدَّ على الزوجة[2] وهو المُعَوَّلُ عليه فى القانون الإيرانى كما فى المادة 905 والتى تنص على أن : " لكل وارث صاحب فرضٍ أن يأخذ نصيبه من التركة، وما يبقى يكون من حق العصبة، فإن لم يوجد عصبة من أصحاب الفروض ، ، فهذا الباقى يضاف إلى ... ومع ذلك فالزوج الذى يكون الوارث الوحيد لزوجته يستحق باقى الميراث بصفة إضافية "[3]

والواقع أن منطق هؤلاء ينطوى على ظلْم وتفرقة بين الزوجين ليس لها أصل ولا معنى غير الرجعية إلى جذور الجاهلية الأولى، فلا يوجد لهم دليل من الشرع على ما يذهبون إليه من غير التعصب للرجل ضد المرأة على أساس التفرقة الجنسية المقيتة . ومن المعلوم من قواعد وأصول الشرع الحنيف أنه هَدَمَ هذه التفرقةَ وتلك العصبية بين بنى البشر . وإن كان

---

(1)انظر المواد 311، 213 أرثوذكس، وفى العرض والتعليق : أ/ كامل عثمان - المرشد .... - صـ62

(2)فى عرضه الإمام/ أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية .... - صـ86

(3)أشار إليه الإمام / أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية .... - صـ86

الإسلام ميَّزَ الرجلَ عن المرأة فى أمور فإنه قد ميز المرأة عن الرجل فى أمور أخرى بما أقام به العدل والمساواة بينهما ؛ فقد تتساوى المرأة مع الرجل فى الميراث ... وقد تزيد عنه ...... وقد تفضل عليه فى المهر والنفقة والذمة المالية المستقلة ..

فالمرأة ترث نصف الرجل فى أربعة أحوال فقط وهى:-

1- الأخت الشقيقة أو لأب مع الأخ الشقيق أو للأب، فترث الأخت نصف الأخ ويرث هو مثليها والدليل على ذلك قول الله - تعالى - : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ ﴾ (1)

2- وميراث الزوجة النصف من زوجها والدليل على ذلك قول الله- تعالى - : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾ (2)

3- ميراث البنت مع الابن فيرث الابن مثليها والدليل على ذلك قول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ ﴾ (3)

(1)جزء الآية 176 من سورة النساء

(2)الآية 12 من سورة النساء

(3)جزء الآية 11 من سورة النساء

4- ميراث الأم مع الأب عند عدم وجود ولد للمتوفى، فترث الأمُ الثلث ويرث الأبُ الثلثين ودليل ذلك قول الله – تعالى - : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (1)

وقد روعى فى هذه الحالات الأربع أن الرجل هو الذى يتولى الإنفاق عليها أو قدَّم إليها مهراً فالأخت ينفق عليها أخوها ، والزوجة ينفق عليها زوجها أو قدم لها مهراً ، وكذلك البنت مع الابن، والأم مع الأب

وتتساوى المرأة والرجل فى الميراث فى الأحوال الآتية :-

1- الأم مع الأب مع وجود ولد ذكر أو بنتين للمتوفَّى فيرث كلٌّ منهما السدس " الأب والأم " والدليل على ذلك قول الله – تعالى - : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ (2) وكذلك الجد مع الجدة .

2- ميراث الأخوة لأم مع الأخوات لأم فترث الأخت السدس وكذلك الأخ عند انفرادهما وعدم وجود من يحجبهم عن الميراث، وإن كان الأخوة لأم اثنين فأكثر ذكوراً أو إناثاً ففرضهم الثلث الذكر مثل الأنثى، والدليل على ذلك قول الله – تعالى - : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ (3)

(1)جزء الآية 11 من سورة النساء

(2)جزء الآية 12 من سورة النساء

(3)جزء الآية 12 من سورة النساء

3- ميراث الأخت الشقيقة أو الأخ الشقيق مع الزوج أو الزوج وبنت فترث الأخت الشقيقة مع الزوج نصف التركة، وترث مع الزوج والبنت الربعَ كعصبة مع الغير، ويرث الأخ الشقيق مع الزوج نصفَ التركة تعصيباً ويرث مع الزوج والبنت ربعَ التركة تعصيباً .[1]

4- ميراث الإخوة والأخوات لأم مع الإخوة الأشقاء فى وجود الزوج والأم أو الجدة، فيرث الإخوةُ لأم الثلثَ الذكر مثل الأنثى .

5- ميراث ذوى الأرحام، حيث يرث الذكرُ منهم مثلَ الأنثى بالتساوى بينهما .[2]

6- ميراث الرجل أو المرأة عند الانفراد فتحصل على فرضها ثم تأخذ الباقى رداً وكذلك الرجل .

وهناك حالات ترث المرأة فيها أكثر من الرجل وهى :-

1- إن المرأة ترث بالفرض فى سبع عشرة حالة ولا يرث الرجل بالفرض إلا فى ست حالات فقط، وميراث المرأة بالفرض يكفل لها نصيباً وافراً

---

(1)انظر فى عرض هذه الحالة والحالات السابقة واللاحقة : د/ جابر عوض عبد الحميد الجندى – حقوق المرأة فى نطاق الأحوال الشخصية دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة – سيداو CEDAW رسالة دكتوراة – حقوق الإسكندرية من صـ309 : صـ321

(2)انظر فى ميراث ذوى الأرحام : أ/ محمد خيرى المفتى – علم الفرائض والمواريث فى الشريعة والقانون السورى – صـ61 وما بعدها . د/ أحمد فراج حسين – أحكام التركات والمواريث – منشأة المعارف 1999م – صـ335 وما بعدها . الشيخ أبو زهرة – أحكام التركات والمواريث – صـ98 وما بعدها . د/ أبو اليقظان الجبورى – حكم الميراث فى الشريعة الإسلامية – ط2 – 1406هـ / 1986م – صـ203 وما بعدها .

أما الرجل فإنه يرث بالتعصيب من الباقى الذى قد يقل عن نصيب المرأة بالفرض، وأكبر الفروض هو الثلثان للنساء فقط وترث به المرأة فى أربعة أحوال : الأولى : إذا ترك المتوفَّى بنتين فأكثر مع عدم وجود معصب لهن لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾[1] والحالة الثانية : إذا ترك بنتى ابن أو أكثر ولم يترك معصِّباً ولا بنات صلب . والحالة الثالثة : إذا ترك اثنين فأكثر من الأخوات الشقيقات إذا لم يكن معهن أخ يعصبهن قال تعالى : ﴿ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ ﴾[2] الحالة الرابعة : إذا ترك أختين لأب فأكثر ولم يكن معهن أخت شقيقة ولا أخ يعصبهن ولا أب يحجبهن[3]

2- إن فرض النصف لم يكن للرجال إلا للزوج عندما لا يكون للزوجة ولد أما النساء فلهن النصف فى أربع حالات : الأولى : إذا لم يترك إلا بنتاً واحدة فترث النصفَ لقوله تعالى :﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾[4] الحالة الثانية : إذا لم يترك إلا بنتَ ابن أو ما تحتها مع عدم وجود بنات الصلب وعدم وجود المعصب . الحالة الثالثة : إذا لم يترك إلا أختاً شقيقة ولم يوجد من يحجبها لقوله تعالى : ﴿ إِنِ امْرُؤٌ

---

(1)جزء الآية 11 من سورة النساء

(2)جزء الآية 176 من سورة النساء .

انظر هذه الحالات : د/ أبو اليقظان الجبورى – حكم الميراث فى الشريعة الإسلامية ...... صـ113 – 114 – 115 . د/ جابر عوض الجندى – حقوق المرأة .... صـ318 .

(3)جزء الآية 11 من سورة النساء

(4)جزء الآية 176 من سورة النساء .

﴿هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ (1) الحالة الرابعة : إذا لم يترك إلا أختاً لأب ولم يكن معها أخت شقيقة ولا أخ لأب يعصبها ولا أب يحجبها ودليلها الآية السابقة .

3- وفرض الثلث تأخذه اثنتان من النساء هما الأخوات لأم اثنتان فأكثر إذا لم يوجد أصل ولا فرع وارث والأم عند عدم وجود فرع وارث وعدم وجود اثنتين فصاعداً من الأخوات للمتوفَّى من أى الجهات كانوا وعدم وجود أحد الزوجين ودليلهم قول الله – تعالى - : ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِي الثُّلُثِ﴾ (2) و قول الله – تعالى - :: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ (3)

4- وفرض الثمن يأخذه ثمانيةٌ خمسةٌ منهم من النساء وثلاثة من الرجال واللاتى من النساء هن : الأخت لأم عند انفرادها وعدم وجود الحاجب لها ، وبنت الابن الواحدة أو أكثر مع بنت صلبية تكملة لفرض الثلثين بشرط عدم وجود مُعَصِّب لهن، والأخت لأب واحدة أو أكثر من أخت شقيقة تكملة للثلثين بشرط عدم وجود مُعَصِّب لهن، والأم إذا كان للمتوفَّى ولد ، والجدة الصحيحة بشرط عدم وجود ولد للمتوفَّى (4) .

---

(1)جزء الآية 12 من سورة النساء

(2)جزء الآية 11 من سورة النساء .

(3)انظر بالتفصيل : د/ جابر عوض الجندى – حقوق المرأة – صـــ319 ، 320

(4)د/جابر عوض الجندى – حقوق المرأة – صـــ320 ، 321

وقد ترث المرأة ولا يرث الرجل فى عدة أحوال :

1- إذا ترك بنتَ ابن وزوجاً وأباً وأماً وبنتاً فترث بنتُ الابن السدسَ فرضاً وإذا وجد مكانها ابن ابن ورث بالتعصيب فى الوقت الذى استوفت فيه الفروض التركة فلا يبقى له شيء ولا يرث .

2- إذا ترك أختاً لأب، وزوجاً، وأختاً شقيقة، فترث الأخت لأب فى هذه الحالة السدس فرضاً، وإذا وجد مكانها أخ لأب فلا يرث لاستغراق أصحاب الفروض للتركة وهو يرث الباقى تعصيباً ولا باقى له .

3- أن أم الأب وأم أم الأب وأم الأم وأم أم الأم يرثن وهن من النساء ولا يرث أبو الأم، وأبو أم الأب وأبو أبى الأم، وأبو أم الأم . وهم من الرجال (1) .

---

(1)س: لماذا جعل الإسلام نصيب البنت نصف نصيب الابن، وميراث الزوج من زوجته أكبر من ميراثها منه ؟ جـ: بالنسبة للبنت والابن : فإن ذلك مبنى على أمرين :

1- أن الله تعالى جعل الرجل قيماً على المرأة [الرجال قوامون على النساء] وهذه القوامه والتى هى تفيد قيادة الرجل للأسرة بما يكفل حفظ كيان الأسرة وحسن سير المعيشة بينهما وهذا لا يأتى إلا بحفظ كرامة هذا الرجل ومكانته والمال هو الذى يضمن قيام هذه القوامة فمتى تساوت الذمة المالية بينهما سقطت القوامة ، واستنكفت المرأة عن الخضوع لزوجها فجعل الإسلام ميراث الأنثى نصف ميراث الذكر لذلك .

2- أن الله تعالى قد جعل الرجل هو المسئول عن النفقة على الأنثى سواء كانت زوجة أو كانت بنتاً أو أماً أو أختاً . ولذلك جعل ميراثه على الضعف من ميراثها .

3- أن الله تعالى قد ألزم الرجل بالمهر عند الزواج تطيباً لخاطر الزوجة وتكريما لها ورفعاً لقدرها ولما كان كذلك قرر له الضعف من ميراثها . =

ومن هذا العرض الموجز فى المقارنة بين ميراث الرجل والمرأة يتضح بجلاء أن الشرع الحنيف قد راعى جانب المرأة وميَّزَها عن الرجل ولم يكن العكس كما هو متوهم من ظاهر النصوص، فالمرأة ترث نصف ميراث الرجل فى أربعة أحوال فقط، بينما تتساوى معه فى الميراث فى ست حالات، وترث أكثر منه فى أربعة أحوال، وترث المرأة ولا يرث الرجل فى ثلاث حالات وهذا على سبيل المثال والتعمق فى البحث يظهر ميزات كثيرة مُيِّزَتْ بها المرأة فى مجال المواريث .[1]

ولقد وجدتُ حكماً غريباً وعجيباً وجائراً فى شريعة اليهود فى المواد 223، 231، 83 من الأحكام الشرعية الإسرائيلية فتقضى المادة 223 والتى تنطق بأن : " كل ما تملكه الزوجة يؤول بوفاتها ميراثاً شرعياً إلى زوجها وحده لا يشاركه فيه أقاربها ولا أولادها سواء كانوا منه أم من رجل آخر " وفى المادة 231 والتى تقول إنه " ليس لورثة الزوجة مشاركة زوجها فيما تركته من كسب كدها أو فيما هو مملوك لها ملكاً خاصاً ولا فيما دخلت به من أمتعة وثياب ولا فيما اشتراه لها الزوج من ماله من الحلى قبل وبعد الزواج ولا فى هدايا الخطوبة أو الزواج أياً كان مهديها " وفى المادة 83 والتى جاء بها إنه " إذا عثرت الزوجة على لقية فهى من حق زوجها ما دام قائماً بما عليه من الواجبات .[2]

=جـ: بالنسبة للزوج والزوجة : فالزوجة ترث الربع عند عدم الولد مقابل النصف ، والثمن عند الولد فى مقابل الربع فهى ترث نصفه .

1- ما قيل فى جواب السؤال السابق يصلح هنا ويضاف إليه .

2- أن الزواج غالباً ما وفر الزوجة لتكوين ثروة فإذا ماتت كان أحق الناس بهذه التركة التى غالباً ما كان له دور فى تحقيقها .

(1)نقلاً عن أ/ السيد محمد عاشور – مركز المرأة فى الشريعة اليهودية – صـ56

(2)أ/ السيد عاشور – مركز المرأة ... – صـ54

ويلاحظ على النصوص المشار إليها ما يلى :-

فمن جهة أنها حرمت الزوجة من الميراث من زوجها بصفة مطلقة فقد ورد فى كتاب المقارنات والمقابلات فى المادة 312 ما نصه : 1- لا فرائض مقدرة للآباء والأزواج والبنات والإخوة والأخوات ولا غيرهن من الأقارب . 2- لا ميراث للبنات ولا للزوجة .[1] وقد ذكر البعض[2] أن الشريعة اليهودية وَرَّثَتْ الزوجَ ميراثَ زوجته، وأن الزوجة لا ترث الزوج .

ومن جهة ثانية جعلت الزوج هو الوريث الوحيد حتى برغم وجود أولاد وأقارب حتى لو كان الأولاد من زوج سابق، هذه الغرابة وذلك الشذوذ جعلت لهذه الأحكام استحقاقاً فى أن أسجلها هنا .

الغصن الثالث

رفض استحقاق الزوج [الزوج أو الزوجة] لجميع التركة

وتقوم هذه الفرضية على القول بعدم استحقاق الزوج الباقى على قيد الحياة لجميع التركة حتى حين انفراده بذلك، وهذا هو المعتمد لدى جمهور الفقهاء : الحنفية[3] قالوا : إن الرد يكون على أصحاب الفروض

---

(1)ينسب هذا للأستاذ/ محمود محمد جمعه – النظم الاجتماعية والسياسية، وقد أشار إليه أ/ السيد عاشور – مركز المرأة – صـ53

(2)الفتاوى الهندية لجماعة من علماء المذهب فى الهند – دار إحياء التراث العربى – بيروت – 1406هـ / 1986م ط4 – جـ6 – صـ452، والمبسوط للسرخسى – جـ29 – صـ193

(3)الإمام أبى عمر يوسف بن عبد الله النمرى القرطبى – الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى – دار الكتب العامة – بيروت – لبنان – صـ568، 569، والإمام الشافعى – الأم – كتاب الشعب – جـ3 – صـ2 ، 6، 7

من غير الزوجين، وقد قال المالكية والشافعية بعدم الرد على أصحاب الفروض أصلاً بما فيهم الزوجان

فيقول الإمام الشافعي ﷺ : وذلك بعد أن ذكر آيات المواريث :- فهذه الآيات في المواريث كلها تدل على أن الله عز وجل انتهى بمن سمى له فريضة إلى شيء فلا ينبغي لأحد أن يزيد من انتهى الله به إلى شيء غير ما انتهى به الله، فبذلك لا يجوز الرد في المواريث ... ثم قال : وهو قول زيد بن ثابت وقول الأكثر ممن لقيت من أصحابنا[1] ويشير بعض الأفاضل[2] إلى أن هذا هو قول بعض الصحابة منهم عبد الله بن مسعود الذى قال بالرد على غير الزوجين والأخت لأب، والإمام على - كرم الله وجهه - الذى قال بالرد على أصحاب الفروض غير الزوجين، وبمثله قال عبد الله بن عباس ﷺ وزاد الجدة في منع الرد، وهو أحد الأقوال عند الشيعة[3]

التعليق على قول الجمهور :

فمن جهة سوَّى جمهورُ الفقهاء بين الزوج والزوجة في المنع من الرد عليهما عند عدم وجود ورثة آخرين ومسلك الجمهور في التسوية بين الزوجين مسلك حسن يتفق مع أصول وقواعد الشرع الحنيف .

ومن جهة ثانية : منع الفقهاءُ الردَّ على الزوجين عند عدم وجود ورثة آخرين للمتوفَّى غير الزوجين، وهو منعٌ غيرُ مبرر وقد يصطدم مع مثل قول الله تعالى [النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو

---

(1)الأم - جـ3 - صـ6

(2)الشيخ / أبو زهرة - الميراث عند الجعفرية - صـ86، 87 بالهامش .

(3)الشيخ/ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - تحقيق عبد الحسين محمد على - ط 1 - مطبعة الآداب بالنجف الأشرف - العراق - 1389هـ / 1969م - صـ10

الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَن تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُم مَّعْرُوفًا كَانَ ذَٰلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا][1] فالزوجان بعضهم أولى ببعض في المحيا والممات .

ومن جهة أخرى : لم يأخذ المقنن المصرى برأى الجمهور هنا واعتمد رأى القائلين بالرد على الزوجين وهو مسلك حسن من المقنن المصرى في هذه المسألة وهو أقرب إلى قواعد العدالة التى تتفق مع منطق الشرع والعقل.

الفصل الرابع

الاستحقاق لجميع التركة بالوصية [الميراث الايصائى]

عرف القانون المصرى القديم أيام الدولة القديمة نظامَ الوصية، فكان الزوجُ يوصى لزوجته بجزء أو كل ماله وذلك على أن تقوم الزوجةُ بنقل هذه الأموال إلى أولاده من بعده[2] وفى بلاد العراق القديمة : لم يكن للزوجة الحق في الحصول على نصيب من تركة الزوج الذى توفى قبلها وليس لها إلا الانتفاع بأموال العطية التى يعطيها الزوج لها قبل وفاته[3] ويرى البعض أن الشريعة اليهودية لم تجعل للمرأة ميراثاً إلا عن طريق الوصية، وكانت الوصية مقيدة بحدود منها ألا تكون لوارث، وألا يكون للمتوفَّى ورثة " أبناء ذكور "[4]

---

(1)سورة الأحزاب - جزء من الآية 6 .

(2)د/ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - 2003م - صـ497

(3)د/ أحمد إبراهيم حسن - فلسفة ..... - صـ506، 507

(4)د/ صوفى أبو طالب - تاريخ النظم القانونية ..... - صـ281، د/ محمد على الصافورى - النظم القانونية لدى اليهود والإغريق والرومان - صـ141

التعليق : إن القول بعدم استحقاق الزوجة لشيء من ميراث زوجها إلا بوصية من الزوج أو أن يكون للمرأة مجرد حق الانتفاع لهومنطق من التفرقة الجائرة التى باتت مهجورة فى عرف العقلاء من بنى البشر، وخاصة أن هذه القواعد باتت رمزية تاريخية تشير إلى بدائية الفكر الإنسانى الذى لم يكن لها مصدر سماوى .

التعقيب على الغصون الأربعة السالف ذكرها :

فمن جهة : وصل الأمر بالبعض إلى رفض استحقاق الزوجة للرد عند عدم وجود ورثة آخرين للمتوفَّى وهو مسلك فى غاية العيب والغرابة وكان أخف منه وطأ مَنْ منع الرد على الزوجين كليهما وهو مسلكُ جمهور فقهاء الإسلام، وقد كان أحسن هذه الاتجاهات ما رآه البعض من استحقاق كلا الزوجين للرد عند عدم وجود ورثة آخرين

ومن جهة ثانية تتجه القوانينُ الحديثةُ إلى الرد على كلا الزوجين عند عدم وجود ورثة آخرين للمتوفَّى منهما ، وهو تخلى تاريخى عن العصبية للجنس . وهو مسلك طيب .

ومن جهة ثالثة فإنه يترجح لدى قول القائلين بالرد على كلا الزوجين عند عدم وجود ورثة آخرين لقيامه على منطق العدل والولاء بين الزوجين .

الفرع الثانى

استحقاق النصف من تركة المتوفَّى من الزوجين للآخر

قد يصل نصيبُ أحدِ الزوجين من تركة الزوج المتوفَّى إلى نصف التركة وذلك بحسب الشرائع المختلفة . ففى الشريعة الإسلامية يعد النصف هو فرض الزوج عند وفاة الزوجة بدون أن تترك أولاداً " فرع وارث" والدليل على ذلك قول الله تعالى ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ

يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾[1] وانعقد الإجماع على هذا بلا منازع [2] وهو ما أخذ به قانون المواريث المصرى فى مادته 11 بقولها : " للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ... " [3]

وقد سوَّت شريعةُ الأقباطِ فى مصر بين الزوج والزوجة فى استحقاق النصف عند عدم وجود فرع وارث [4] وكذلك الحل عند الروم الأرثوذكس [5] وفى قانون المواريث اليونانى تقضى المادة 1820 فى ميراث الزوج [أو الزوجة] الباقى على قيد الحياة أن له نصف تركة المتوفَّى وذلك عندما لا يكون معه ورثة من الطبقة الأولى [6] وفى القانون الإنجليزى نجد المادة 46 فى الميراث الشرعى لأعيان التركة العينية والمنقولة فى حالة عدم الإيصاء والتى مضمونها يتضح فيما يأتى :-

1- إذا تُوفِّى المورِّثُ دون وصية وترك زوجاً أو زوجة وأولاداً ، فإن الباقى من الزوجين يؤول إليه جميع منقولات المنزل علاوة على تحميل تركة المتوفَّى بدين قدره خمسة آلاف لصالح الزوج الذى على قيد الحياة مع

---

(1)سورة النساء – جزء الآية 12

(2)انظر فى دعوى الإجماع : الإمام/ المنذرى – الإجماع – تقديم ومراجعة عبد الله بن زيد آل محمود – بند 289 – صـ67 .

(3)من القانون رقم 77 لسنة 1943م – بشأن المواريث – الوقائع المصرية 1943/8/12م – العدد 92

(4)انظر المواد 181، 182 من شريعة الأقباط الأرثوذكس

(5)بالتفصيل المناسب انظر : أ/ كامل عثمان – المرشد ... – صـ62

(6)قانون المواريث اليونانى رقم 2250 بتاريخ 15 / 3 / 1940م، انظر بالتفصيل أ/كامل عثمان – المرشد ... صـ159 – الطبقة الأولى فى النص المشار إليه هم أولاد المتوفى بحسب المادة 1813

فائدة قدرها أربعة فى المائة من تاريخ الوفاة لحين تملكها ، ويكون الباقى النصف للزوج أو الزوجة والنصف الآخر للأولاد .

-2 إذا ترك المورث دون وصيَّة أباً أو أماً أو أخاً شقيق أو أختاً شقيقة أو أبناء أخ شقيق أو أبناء أخت شقيقة ولم يترك أبناء وترك زوجاً أو زوجة ، فإن الزوج أو الزوجة تؤول إليها المنقولات الشخصية ، وتحمل التركة الباقية بدين قدره عشرة آلاف وذلك للزوج أو الزوجة بالإضافة إلى فائدة قدرها 4٪ سنوياً لحين الوفاء بها ، ثم يوزع الباقى من التركة النصف للزوج أو الزوجة والنصف للباقى .. " (1)

وفى التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية تقضى المادة 5/11 بأنه عند اشتراك الباقى من الزوجين على قيد الحياة مع أولاد المتوفى الشرعيين وغير الشرعيين فعند اشتراك ولد واحد للمتوفَّى مع الزوج أو الزوجة الباقى منهما على قيد الحياة ، فإن هذا الزوج أو الزوجة يستحق الانتفاع على حصة من التركة وهى النصف (2)

التعليق على هذا الفرع

بعد العرض السابق لمواقف الشرائع المختلفة من استحقاق الزوجين للنصف من تركة المتوفَّى يلاحظ الآتى :-

أولاً : أن فرض النصف كان للزوج فقط فى الشريعة الإسلامية بخلاف الشرائع الأخرى التى سوت فيها بين الزوج والزوجة ، ويمكن قبول

---

(1)القانون الصادر فى 1925 ولمزيد من التفصيلات انظر أ/ كامل عثمان – المرشد ... – صـ204 وما بعدها .

(2)التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية بالقانون رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م – الكتاب الثانى – الميراث الشرعى – انظر بالتفصيل الأستاذ/ كامل عثمان – المرشد ...... – صـ261

تبرير الإسلام لذلك من خلال إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الزوجة ، أما فى باقى الشرائع فهو التزام تبادلى بينهما . وكذلك لوجود المهر وهو إلزامى فى دين الإسلام . كما أن المرأة قد تتساوى مع الرجل فى الميراث ..... وقد تزيد عليه ... وقد سبق بيان ذلك

ثانياً : أن القانون الإنجليزى قد شذ عن القاعدة حينما جعل أحد الزوجين وارثاً للنصف عند وجود أبناء للمتوفَّى ، بخلاف الشرائع الأخرى التى اشترطت عدم وجود أبناء للمورِّث حتى يتسنى إعطاءُ الزوج النصفَ من تركة المتوفَّى ، علاوة على ما أضافه القانونُ الإنجليزىُّ فوق النصف من منقولات شخصية ودَيْنٍ على التركة وفائدة 4٪ من تاريخ وفاة المورِّث حتى تملك الزوج لنصيبه وللدين وفوائده .

ثالثاً : أن فرض النصف المحدد للزوج ملزم ولا تعارضه وصية فى الشريعة الإسلامية وهو كذلك عند الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس وبخلافه نجد الوضع فى إنجلترا واليونان حيث إن هذا الفرض مترتب على عدم وجود وصية ، وأن الوصية معدلة أو مبدلة له .

الفرع الثالث

استحقاق أحد الزوجين لربع تركة المتوفَّى منهما

قررت الشريعة الإسلامية أن الزوج عند وفاة زوجته ولها أولاد ذكور أو إناث منه أو من غيره فإن الزوج يستحق ربع تركة زوجته وذلك استناداً إلى قول الله – تعالى – ﴿ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ (1) وعلى هذا أجمعت الأمة (2)

---

(1)سورة النساء – جزء الآية 12

(2)هذا الإجماع حكاه ابن المنذر – الإجماع ... بند 290 – صـ67 .

أما إذا مات الزوج وترك زوجةً ولم يترك أولاداً ذكوراً أو إناثاً منها أو من غيرها فإن الزوجة تستحق في ميراث زوجها الربع وذلك أخذاً من قول الله – تعالى – ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ﴾ (1) وانعقد عليه الإجماع (2)

وهو ما أخذ به القانون المصري في المادة 11 :(للزوج فرض .....والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل وللزوجة ولو كانت مطلقةً طلاقاً رجعيا إذا مات الزوج وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل) (3)

ولا يخرج التشريع الإيراني عن هذا الحل الماثل بيد أنه لايورِّثُ المرأةَ إلا من المنقولات والفرش وقيمة المباني ولاترث في الأرض ذاتها بخلاف الزوج الذي يرث من كل ما تركته الزوجة (4)

وعند الأقباط الأرثوذكس في مصر :يستحق الزوج أو الزوجة ربع تركة المتوفَّى منهما إذا كان للمتوفَّى ثلاثة أولاد فأقل ذكورا أو إناثاً ،أما إذا كانوا أكثر من ثلاثة أولاد فله حصة مساوية لحصة واحد منهما . (5)

---

(1)سورة النساء – جزء الآية 12

(2)ابن المنذر – الإجماع بند 291 – صـ67

(3)القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن المواريث

(4)في عرض ذلك المواد من 646 : 948 من قانون الميراث الإيراني . انظر في العرض والتعليق الشيخ/ أبو زهرة الميراث عند الجعفرية – دار الفكر الجامعي – صـ90

(5)انظر في هذا المواد 181، 182، أ/ كامل عثمان – المرشد في الأحوال الشخصية – ط1 – 1958م – صـ51

وقد تبنى هذا الحل الماثل الروم الأرثوذكس بلا خلاف عليه الأقباط الأرثوذكس . (1)

وفي التشريع اليوناني تنص المادة 1820 على أن (الزوج الذي على قيد الحياة يعتبر وارثاً بدون وصية بحق الربع عندما يرث مع أقارب للمتوفَّى من الطبقة الأولى)وأقارب المتوفَّى من الطبقة الأولى هم أولاده بنص المادة 1813 (2)

ويلاحظ على الفرع الماثل :-

من جهة أن جميع الشرائع قد جعلت من فرض الربع نصيبا للزوج والزوجة على قدم المساواة وبلا تمييز بينهما .

ومن جهة ثانية يستحق الربع عند وجود فرع وارث للمتوفَّى أو المتوفاة في جميع الشرائع ،وفي الشريعة الإسلامية في حق الزوج،أما الزوجة فيشرط عدم وجود فرع وارث حتى تستحق الزوجة الربع ،وقد روعي في ميراث المرأة أمران : المهر والنفقة . كما أن الزوج يأخذ الربع عند وجود أولاد للزوجة رعاية لمصلحة الأولاد والزوجة تأخذ الربع عند عدم وجود أولاد للزوج رعاية لمصلحة الزوجة .

ومن جهة ثالثة كانت شروط استحقاق فرض الربع متماثلة وهي عند وجود أولاد للمتوفَّى وفي جميع الشرائع إلا في حق المرأة في الإسلام حيث يشترط في حقها عدم وجود أولاد للمتوفَّى حتى تستحق فرض الربع .

---

(1)المواد 311، 312 أ/ كامل عثمان – المرشد في الأحوال – صـ62

(2)المواد المذكورة من القانون اليوناني رقم 2250 – الصادر بتاريخ 15 / 3 / 1940م، وفي العرض والتعليق أ/ كامل عثمان – المرشد – صـ157، 159

الفرع الرابع

استحقاق أحد الزوجين أى نصيب من غير ما سبق

قد يستحق أحد الزوجين فى تركة المتوفَّى منهما ثلثَ هذه التركة أو ثُمنَها أو أقل من ذلك، وهذا بحسب الأحوال والشرائع المختلفةعلى النحو التالى :-

ففى الشريعة الإسلامية : يعد الثمن فرض الزوجة التى مات زوجها وترك أولاداً ذكوراً أو إناثاً منها أو من غيرها وذلك لقول الله - تعالى - ﴿ فإن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ [1] وانعقد الإجماع على ذلك [2] وهو ما أخذ به القانون المصرى فى مادته 11 : " ... والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ... " [3] وعند الروم الأرثوذكس يرث أحد الزوجين من الآخر الثمن إذا ترك الزوج المتوفَّى سبعة أبناء منها أو من غيرها من زواج شرعى، فالباقى منهما على قيد الحياة يكون نصيبه الثمن مع هؤلاء الأولاد [4] وعند السريان الأرثوذكس تقضى المادة 78 بأنه : " إذا مات أحد الزوجين وترك أولاداً فللزوج الآخر الثمن، أما إذا لم يترك أولاداً فالثلث . [5] وفى إيطاليا : تقضى المادة 581 بأنه فى حالة اشتراك الزوج أو الزوجة الباقى على قيد الحياة مع الأولاد الشرعيين أو غير الشرعيين، فإذا اشترك مع الزوج أو الزوجة أولاد شرعيون

---

(1)سورة النساء – جز الآية 12

(2)ابن المنذر – الإجماع ... – بند 292 – صـ670

(3)القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن المواريث .

(4)بالتفصيل المناسب أ/ كامل عثمان – المرشد فى الأحوال ... – ط1 سنة 1958 – صـ61

(5)أ/ كامل عثمان – المرشد .... – صـ86

أو غير شرعيين وأكثر من واحد يستحق الزوج أو الزوجة على حق انتفاع ثلث التركة " [1]

وفى التشريع اليونانى تقضى المادة 1820 بأنه : " .... وعندما يكون الزوج الباقى على قيد الحياة وارثاً بدون وصية مع أقارب من الدرجة الثانية أو الثالثة أو الرابعة فإنه يأخذ علاوة على حصته الميراثية من أثاث وأدوات منزلية ... " [2]

وفى التشريع الإنجليزى : يستحق الزوج أو الزوجة الباقى على قيد الحياة فى اشتراكه مع الأولاد، علاوة على ميراثه جميع منقولات المنزل الشخصية، وتحمل التركة بدين قدره خمسة آلاف، وبفائدة قدرها 4٪ من يوم وفاة المورث ولحين تملك الزوج لها، وإذا كان مع الزوج أو الزوجة ورثة من أب أو أم أو أخ شقيق أو أخت شقيقة أو أبناء أخ شقيق أو أبناء أخت شقيقة فإنه علاوة على ما أخذه وجميع المنقولات الشخصية تحمل التركة بدين قدره عشرون ألفاً، وبفائدة قدرها 4 ٪ من حين الوفاة ولحين تملك الزوج لها ... " [3]

---

(1)التشريع الإيطالى فى الأحوال الشخصية – القانون رقم 262 فى 16 / 3 / 1942م . أ/ كامل عثمان – المرشد .. صـ261 .

(2)قانون المواريث اليونانى – رقم 2250 الصادر فى 15 / 3 / 1940م، انظر أ/ كامل عثمان – المرشد صـ159

(3)قانون المواريث الصادر سنة 1952م – جـ1، فى تعديلات قانون المواريث مادة 46 انظر بالتفصيل أ/ كامل عثمان – المرشد ..... – صـ204 وما بعدها

الفرع الخامس

عدم استحقاق أحد الزوجين لشيء من الميراث

أتى على الإنسانية حين من الدهر لم يكن للمرأة شيء فى الميراث لا بنتاً ولا زوجة، حتى قال بعض الكتاب : " وانضمت المرأة إلى قائمة الورثة فى عهد الأسرة الخامسة فى مصر القديمة، رغم أنه لم يكن لها أى حق فى ميراث زوجها خلال العصور السابقة " (1) .

حتى إن بلاد العراق القديمة لم تكن المرأة مُدْرَجَةً على قائمة الورثة، ولم يكن لها الحق فى الحصول على شيء من ميراث زوجها المتوفَّى، وكان كل ما لها الإقامة فى المنزل والانتفاع بأموال العطية " (2) ويضيف البعض قائلاً : " ولها بطبيعة الحال الانتفاع بأموال وصيتها وإن لم يكن الزوج قرر لها أموالاً للمتعة فإنها تحصل على نصيب يساوى نصيب أحد الأبناء، ولكن لا يجوز لها التصرف فى كل هذا وتؤول إلى أبنائها عند وفاتها " (3).

---

(1)د/ شفيق شحاته – التاريخ العام للقانون – صـ35، وأشار إليه : د/ أحمد إبراهيم حسن – فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية 2003م – صـ496، وانظر فى القول بخلافه د/ محمود السقا – فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية . دار الفكر العربى، 1978م – صـ313 وما بعدها، وذلك بقوله : كانت الزوجة تنتقل إليها منفعة ثلثى الأموال نصيب الزوجة فى الأموال المشتركة بينها وبين زوجها . أ . هـ وللتوفيق بينهما أقول لعل هذا الذى ذكره د/ محمود السقا كان بعد الأسرة الخامسة .

(2)د/ أحمد إبراهيم حسن – فلسفة ...... – صـ506 وما بعدها .

(3)د/ صوفى أبو طالب – تاريخ النظم ...صـ228، وبمثله قال د/ محمود السقا – فلسفة وتاريخ النظم .. صـ404

أما شريعة اليهود فإن الفقهاء لم تتفق كلمتهم عند حد سواء فقد تباينت الآراء فمنهم من قال : أن الزوجة كانت ترث الزوج فى حالة عدم وجود أولاد أو بنات، لأنها تحجب الإخوة " (1) بينما يرى البعض أنها لا ترث شيئاً إلا عن طريق الوصية (2) غير أن الأكثرية يرون عدم وضوح حالة الزوجة فى الميراث والمؤكد أن الأولاد يحجبونها . (3) بيد أن البعض يؤكد على عدم إرثها لشيء فيقول :

1- الزوج يرث الزوجة .

2- الزوجة لا ترث الزوج . (4) ويؤيد هذا ما جاء فى كتاب المقارنات والمقابلات ففى المادة 312 – 1 – 2 .. 3- لا ميراث للبنات ولا الزوجة (5) وكذا ما جاء بدائرة المعارف اليهودية من تعداد للوارثين ليس من بينهم الزوجة (6) ويؤكد البعض ما سبق بقوله : والزوجة لا ترث زوجها وفسروا ذلك بقولهم حتى لا تتمنى موته، ويتحايلون على توريثهن إما بوصية لها أو بإقرار بدين فى عقد الزوج أو بمؤخر مهر

---

(1)د/ فتحى المرصفاوى نقلاً عن د/ محمد على الصافورى . النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان – صـ141

(2)ذكره د/ صوفى أبو طالب – تاريخ النظم .... – صـ281

(3)د/ صوفى أبو طالب تاريخ النظم القانونية .... – صـ281، د/ أحمد حسن فلسفة وتاريخ ...صـ508 ،د/ محمد على الصافورى – النظم القانونية صـ141 وكذا فى كتابه نظرات فى الشريعة اليهودية – الولاء للطباعة 1995م – صـ128، 129

(4)أ/ محمد محمود جمعه – النظم الاجتماعية والسياسية، نقلاً عن السيد عاشور – مركز المرأة – صـ 53 .

(5)نقلاً عن أ/ السيد عاشور – مركز المرأة ... صـ54

(6)أ/ السيد عاشور – مركز المرأة ... صـ55

يحل بأحد الأجلين الطلاق أو الوفاة، والرجل يرث امرأته عند الربانيين دون القرائين[1] ويمكننى أن أقول أن الزوجة كانت ترث فى العهود الأولى، وقبل أن يدخل على التوراة التعديل والمسخ والتحريف، ولو كشف الغطاء، وأزيل التراب وأميط النقاب لوجدت المرأة وارثة فى شريعة اليهود مثل الذى فى شريعة الإسلام .

وفى تشريع الميراث اليونانى تقضى المادة 1822 : بأن الزوج الباقى على قيد الحياة لا يستحق أى شيء من تركة المتوفى إذا كان الباقى على قيد الحياة قد قام بخطأ أدى إلى طلب الزوج المتوفَّى قبل الوفاة الطلاق وقد رفع دعوى لهذا الغرض بالفعل "[2] وفى القانون الإيطالى تقضى المادتين 548، 585 بحرمان الزوج من الميراث ومن حق الانتفاع إذا صدر ضده حكم بالتفريق الجسمانى حتى ولو كان الحكم بمسئولية الزوجين المشتركة "[3]

هل يوجد فى الإسلام ما يمنع الزوج أو الزوجة من الميراث من المتوفَّى منهما ؟

هذا ويعتبر من أهم موانع الميراث بين الزوجين فى الإسلام القتل، واختلاف الدِّين واختلاف الدار، أما عن اختلاف الدِّين والدار فسوف يأتى الحديث عنهما فى موضع لاحق وأكتفى بالحديث الموجز عن القتل كمانع من موانع الميراث بين الزوجين .

---

(1)أ/ كامل عثمان – المرشد فى الأحوال الشخصية – ط 1 – 1958م – صـ91

(2)انظر قانون المواريث اليونانى رقم 2250 فى 15 / 3 / 1940م

(3)راجع التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية بالقانون رقم 262 الصادر فى 16 / 3 / 1942م .

فلو أن زوجة قتلت زوجها، أو قتلها الزوج فهل يرث القاتلُ القتيل ؟

أولاً :- أجمع الفقهاءُ على أن القاتل عمداً لا يرث من مال من قتله ولا من دِيَته شيئاً وأجمعوا على أن القاتل خطأ لا يرث من دية من قتله .[1] حيث إن القاتل خطئاً مطالب بدفع الدية وعند توزيع تركة القتيل فإن القاتل لا يرث من هذه الدية التى قدمها لمورثه القتيل وإن كان يرث من غيرها من تركة القتيل وهذا بخلاف القاتل عمداً الذى لا يرث من الدية ولا من أى شيء من تركة القتيل .

ثانياً :- اختلف الفقهاء فى غير ما سبق على النحو التالى :-

قال الحنفية : إن كل قتل وجب فيه القصاص من القاتل أو وجبت فيه الدية وكان القاتل بالغاً عاقلاً، فإن القاتل لا يرث بسبب هذا القتل، والقتل بالتسبب لا يمنع الميراث عندهم[2] ويقول المالكية : إن الذى يمنع الميراث هو القتل العمد، ولو كان من صغير مميز، أما القتل الخطأ فلا

---

(1)الإجماع – البندين 320، 321، الإمام عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى – رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة – دار الكتب العلمية – بيروت لبنان – صـ201، سميح عاطف الزين – موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة فى الكتاب والسنة – المسماة العقود والمطعومات والمشروبات – دار الكتاب اللبنانى – دار الكتاب المصرى – صـ242 وما بعدها .

(2)السرخسى – المبسوط – دار المعرفة – بيروت – جـ 29 – صـ46 وما بعدها – الإمام محمد بن حسين بن على الطودى الحنفى – تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق – طبع على نفقة قارى محمد إسماعيل – المكتبة الماجدية جـ 8 – صـ500، الفتاوى الهندية – دار إحياء التراث العربى – بيروت – لبنان – ط 4 – 1406هـ / 1986م – جـ6 – صـ 454، عبد الحميد طهماز – الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد – الطبعة الأولى 1420هـ / 2000م – دار العلم – دمشق – الدار الشامية – بيروت – جـ2 – صـ273

يمنع من الميراث حتى ما كان بالتسبب [1] وقال الشافعية : جميع أنواع القتل تمنع القاتل من الميراث حتى ولو كان بحق أو كان القاتل مجنوناً [2]

وعند الحنابلة : القتل الذى يوجب قصاصاً أو دية هو المانع من الميراث فيدخل فيه القتل الخطأ وشبه الخطأ [3] وعند الشيعة وفى المادة 586 : " ففى خصوص العمد لا يرث القاتلُ المقتولَ إذا لم يكن القتل بحق أما إذا قَتَلَ مورِّثه قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن نفسه فلا حرمان من الإرث، ولذا لو كان القاتل طبيباً ، أو مجنوناً ، والقاتل خطأ يمنع من الإرث من الدية، ومن سائر التركة ومثله الصبى والمجنون . [4]

وقد أخذ القانون المصرى بمذهب المالكية حيث تنص المادة 5 على أنه " من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهدَ زور أدت شهادتُه إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا

---

(1)لمزيد من الإيضاح الشيخ / عليش – شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل – مكتبة النجاح – طرابلس – جـ4 – صـ697، محمد بن على الشوكانى – الدرارى المضيئة شرح الدرر البهية – دار المعرفة – بيروت 1406هـ / 1986م – جـ 1 – صـ272، السيد عثمان بن حسين الجعلى المالكى – سراج السالك شرح أسهل المسالك المكتبة الثقافية – بيروت – جـ 1 – صـ237 .

(2)الإمام الشافعى – الأم – كتاب الشعب – جـ3 – صـ2، 4، ابن شهاب الرملى – نهاية المحتاج – مكتبة مصطفى البابى الحلبى – مصر – جـ 5 – صـ28، 29

(3)الشيخ/ منصور البهوتى – الروض المربع بشرح ذاد المستقنع – عالم الكتب – بيروت – صـ335

(4)الشيخ عبد الكريم الحلى – الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية – دار الرقى – لبنان – صـ193، وانظر فى عرض جميع المذاهب السابقة د/ محمد حسين قنديل – دراسات فى الرهن والشفعة والميراث – 2007 / 2008م صـ472 وما بعدها

كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتلُ عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، وتعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى " [1]

وعند الأقباط الأرثوذكس : تقضى المادة 175 بأن لا يكون أهلاً للإرث أولاً من قَتَلَ مورِّثه أو شرع فى قتله عمداً أو اشترك فى إحدى هاتين الجنايتين بأية صورة من صور الاشتراك القانونى وثبت عليه ذلك بحكم قضائى " [2]

وعند الروم الأرثوذكس قضت المادة 318 بمنع الإرث عن مستحقه لعلتين الأولى اختلاف الدِّين والثانية القتل على تعدد أنواعه أو التدخل به تداخلاً فرعياً [3]

وعند السريان الأرثوذكس قضت المادة 66 بأن يحرم من حق الإرث المسيحى . أولاً : من حكم عليه قضائياً بأنه قتل أو شرع فى قتل مورِّثه أو اشترك فيه بأى طريقة من طرق الاشتراك المبينة فى قانون المحاكم . ثانياً : من أمكنه إنقاذ مورثه من الهلاك وتقاعَسَ عنه عمداً . ثالثاً : من هَمَّ بقتل مورِّثه ولم يبلغ عنه المحاكم و نخلص من هذا إلى أن القتل يمنع من التوارث بين الزوجين . وذلك بحسب تكييف القتل عند أهل كل شريعة " حكم نقض"

---

(1)القانون رقم 77 لسنة 1943م

(2)التفصيل أ/ كامل عثمان – المرشد صـ49

(3)التفصيل المناسب أ/ كامل عثمان – المرشد ..... ط 1 – 1958 – صـ64 .
أ/ كامل عثمان – المرشد .... صـ85 .

النتائج المترتبة على المطلب الثالث

يترتب على البيان المعروض آنفاً فى خصوص مقدار نصيب كل من الزوجين فى تركة الآخر عند وفاته النتائج التالية :-

أولاً :-   ميراث المرأة فى الإسلام .

إن الشريعة الإسلامية وقد تابعها القانون المصرى قد سوَّتْ بين الرجل والمرأة فى الميراث، بل المحقّقُ فى هذا الأمر ليجد أن الإسلام قد ميَّزَ المرأةَ على الرجل فى الميراث، فالمهر واجب على الرجل للمرأة، والنفقة واجبة للمرأة على الرجل، وللمرأة الذمة المالية المستقلة ، وهى ترث نصف ميراث الرجل فى أربعة أحوال فقط وتتساوى معه فى الميراث فى ستة أحوال ،وترث أكثر منه فى أربعة أحوال، وترث هى والرجل لا يرث فى ثلاثة أحوال، وإن التعمق فى البحث ليُظْهِرُ ميزات كثيرةً ميَّزَها بها الشرعُ الحنيف فى مجال المواريث . وذلك خلافاً للشريعة اليهودية التى حرمت الزوجةَ من الميراث من زوجها بصفة مطلقة مع أنهم ورثوا الزوج من الزوجة، وكان موقف الشريعة الإسلامية أفضل مما كان عليه حال الميراث فى الأنظمة القديمة فلم يكن للزوجة شئ من الميراث فى مصر القديمة إلا عن طريق الوصية وكحق انتفاع فقط ،وهو الحال بذاته فى بلاد العراق القديمة، بل التشريع اليونانى ليمنع الزوجةَ من الميراث إذا توفِّىَ زوجُها وقد رفعتْ عليه دعوى تطليق وإن لم يفصل فيها .

ثانياً : {ميراث أحد الزوجين جميع التركة } فقد قال بعض فقهاء الإسلام ويرد الباقى من الميراث على المنفرد بالتركة من الزوجين ،وتابعه القانون المصرى فى ذلك، وكافة قوانين الدول العربية، وكذلك قانون المواريث اليونانى و الإنجليزى وهو رأى بعض الفقهاء ،بخصوص شريعة اليهود، وعليه العمل فى شريعة الأقباط الأرثوزكس فى مصر والروم

الأرثوذكسى، بينما اتجه الشيعة من الفقه الإسلامى إلى إعطاء هذه المكنة للزوج [الرجل] وحده ولم يعطها للزوجة بينما كان فى الأنظمة القديمة من جعل هذا الحق متوقفاً على وصية من الباقى من الزوجين على قيد الحياة كما فى مصر القديمة وبلاد العراق، وقد رفض جمهور فقهاء الإسلام الرد على كلا الزوجين عند انفراد أحدهما بالتركة .

ثالثاً : ((استحقاق الباقى من الزوجين لنصف التركة) وهو نصيب الزوج [الرجل] من تركة زوجته إن لم يكن لها ولد فى الفقه الإسلامى وهو المعوَّل عليه فى القانون المصرى، والقوانين العربية، وأن شريعة الأقباط والروم الأرثوذكس فى مصر تسوى بين الرجل والمرأة فى ميراث نصف التركة ،وكذلك القانون الإنجليزى ما لم تكن هناك وصية ومع وجود أبناء للمتوفَّى وكذلك القانون الإيطالى، والوضع فى الفقه الإسلامى مبرر على أساس أن الزوج هو الملزم وحده بالإنفاق على الزوجة وهو التزام تبادلى فى غير الإسلام، والزوج ملزم بالمهر للزوجة ولا يوجد إلزام بذلك فى غير الإسلام، كما أن المرأة قد تتساوى مع الرجل فى الميراث أو تزيد عليه فى مواضع أخرى .

رابعاً : ((استحقاق أحد الزوجين لربع التركة)) فقد أعطى الشرع الإسلامى الحق للزوج فى ميراث ربع تركة الزوجة إذا كان لها أولاد وأعطاها ذات الحق إذا لم يكن للزوج ولد وهو ما أخذ به القانون المصرى وهو ذات ما أخذ به القانون الإيرانى غير أنه لا يُورِّثُ المرأة إلا من المنقولات، والقيمة النقدية ،وعند الروم والأقباط الأرثوذكس فى مصر يستحق كلا الزوجين ربع التركة إذا كان للمتوفَّى ثلاثة أولاد ،وفى القانون اليونانى الزوج أو الزوجة يستحق الباقى منهما على قيد الحياة ربع التركة مع وجود أبناء للمتوفى .وقد كان الوضع فى الشرع الإسلامى مبرراً بذات المبررات

السابقة ويضاف إليها أن الإسلام راعَى حال الأولاد عند وفاة الأب الزوج فجعل الزوجة لا ترث الربعَ مع وجودهم رعاية لهم .

خامساً : ((استحقاق أى نصيب غير ما سبق)) فالثمن هو نصيب الزوجة متى كان معها أولاد للمتوفَّى فى الإسلام وهو المعمول به فى القانون المصرى وسوى الروم والأقباط الأرثوذكس بين الزوج والزوجة فى استحقاق الثمن عند وجود أولاد للمتوفَّى وكذلك السريان والأرثوذكس، وبذات الوضع فى التشريع الإيطالى إلا أن النصيب يكون الثلث للزوج الباقى على قيد الحياة

سادساً : " عدم استحقاق أحد الزوجين لشيء من الميراث " مرَّتْ على المرأة فتراتٌ تاريخيةٌ لم يكن لها نصيب فى الميراث فلم ترث فى مصر القديمة إلا فى الأسرة الخامسة ، كذلك العراق القديمة ، وقد تباينت فى شأنها أقوال الفقهاء فى شريعة اليهود ، والقتل العمد مانع من الميراث فى الشرع الإسلامى وقد اختلف الفقهاء فى توصيف القتل المانع من الميراث، واعتد القانون المصرى بالقتل كمانع من الميراث وكذلك الشرائع الملية فى مصر .

المطلب الثانى

شروط استحقاق الميراث بالزواج

هناك شروط وضعتها الشرائع المختلفة ، بها يستحق الشخص ميراثاً فى تركة المتوفَّى، وهذه الشروط بعضها عام فى كل ميراث، وبعضها خاص بالميراث بالأنكحة ، لذا أقسِّم هذا المطلب إلى فرعين : الأول منهما يكون عن شروط الميراث العامة ، والثانى عن الشروط الخاصة بالأنكحة وذلك على النحو التالى :-

الفرع الأول

الشروط العامة للتوارث

اتفقت أغلبُ الشرائع على اعتبار ثلاثة شروط عامة فى كل ميراث وهى موت المورث، وحياة الوارث، ووجود قرابة تجمع بينهما .

الشرط الأول : موت المورث :

لا يمكن بمقتضى العقل والعرف أن يرث زوج من زوجته أو زوجةٌ من زوجها وهو أو هى على قيد الحياة ، فعند فقهاء الإسلام : لا يمكن تقسيم التركة حتى يموت المورِّثُ فعلاً، أو حكماً وهو الذى لا تعلم حياته ولا موته ويحكم القاضى باعتباره ميتاً وهو المفقود ، ويعلل البعضُ هذا الاشتراطَ بقوله : لأن الإنسان ما دام حياً فهو قادر على التصرف فى ماله، ويظل ملكه ثابتاً لا يزول عنه فلا يخلفه غيره فى التصرف إلا إذا مات فينتقل ملكه إلى ورثته [1] وهو ما أخذ به القانونُ المصرىُّ فى مادته الأولى بقولها : " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى . [2] وكذا الحال عند الأقباط الأرثوذكس وذلك بمقتضى المادة 172 . أولاً موت المورث حقيقة أو حكماً لمن حكم بموته لغيبته غيبة منقطعة [3]

---

(1)د/ محمد حسين قنديل – دراسات مقارنة فى الرهن والشفعة والميراث 1428هـ / 1429هـ – 2007 / 2008م صـ442، وانظر الشيخ/ أبو زهرة – أحكام التركات والمواريث – صـ96 وما بعدها، أبو بكر الجزائرى منهاج المسلم – دار الكتب السلفية – صـ432 .

(2)القانون رقم 77 لسنة 1943م . انظر الوقائع المصرية 12 / 8 / 1943م – العدد 92

(3)أ/ كامل عثمان – المرشد – ط 1 – 1958م – صـ49

وعند الروم الأرثوذكس جاءت المادة 64 لتقول : " حق الإرث لا يكون إلا لمن وجد فى طبقات الوارثين حيا حساً أو حكماً بعد وفاة المورِّث[1]

وفى القانون الإيطالى تقضى المادة 456 بقولها : تفتح التركة عند الوفاة فى محل الإقامة الأخير للمتوفَّى " وكذا المادة 459 التى تقول : يكتسب الإرث منذ الوقت الذى تفتح فيه التركة "[2]

وفى القانون الإنجليزى وإن لم تصرح به النصوص إلا أنه يفهم من السياق ومن العبارات التى جاءت على نحو ما فى المادة 1 بقولها : " الأموال التى يمتلكها الشخص المتوفَّى وقت وفاته ... تؤول بعد وفاته للفرع الوارث للمتوفَّى والمادة 2 " ورثة المتوفَّى " المادة 3 " يعتبر الورثة خلفاً خاصاً للمورث المتوفَّى وذلك فيما يتعلق بحقوقه المالية التى يطالب بها عند وفاته ... "[3] والواقع أن هذا الشرط كان فى النظم القديمة أيضاً فيقول البعض : كانت التركة تفتح بحدوث الموت الطبيعى للمورث "[4] وفى الحقيقة أن اشتراط وفاة المورث حتى يتسنى للورثة الحصول على أنصبتهم فى تركته لها ما يبررها ، ومنها عدم تجريد الإنسان من أحواله فى حياته حتى يصير كالمحجور عليه . وقد تواترت النظم على تكريس هذا الشرط حتى جاءت القاعدة التى تقول : ببطلان التصرف فى تركة إنسان على قيد الحياة .

---

(1)أ/ كامل عثمان – المرشد – صـ84

(2)انظر التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م .

(3)انظر قانون إدارة التركات الصادر فى 1925م

(4)د/ عبد المجيد محمد الحفناوى – تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – 1993م – صـ274

وهذا المبدأ كرسته محكمة النقض فى قضائها فتقول : " نص قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943م على أنه " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى " ولما كان ذلك وكان الإرث وفق المادة الأولى من قانون المواريث المشار إليه يستحق بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى .... " ومن ثم فإن دعوى الإرث وتقسيم التركة لا يكون لها محلاً إلا بتقديم إعلام الوراثة الذى يفيد موت المورث وحياة الورثة ونصيب كل وارث .[1]

الشرط الثانى : حياة الوارث : فكما كان موت المورث شرطاً لاستحقاق الميراث فكذلك حياة الوارث

وتقوم الشرائع على تطلب هذا الشرط .

ففى الفقه الإسلامى : يشترط تحقق حياة الوارث حقيقة أو حكماً كالحمل، ويشترط فى الحمل أن يولد حياً وأن يثبت أن الأم كانت حاملاً به وقت وفاة المورث، فإن ولد ميتاً لم يرث[2] وهو ما أخذ به القانون المصرى فى مادته الثالثة بقولها : " يجب لاستحقاق الإرث .... ثانياً : تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً "[3] وعند الأقباط الأرثوذكس تقضى المادة 172 : أولاً .... ثانياً : تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء تقديراً كالجنين بشرط أن يولد

---

(1)انظر حكم محكمة النقض الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بجلسة 1995/12/25م فى الطعن رقم 36 لسنة 61 قضائية . المستشار/ حسن منصور – المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية – أحكام ومبادئ النقض – دار الجامعة الجديدة 1997م – صـ142 .

(2)الشيخ أبو زهرة – أحكام التركات والمواريث – صـ96، 100 وما بعدها ، د/محمد حسين قنديل – دراسات فى الرهن والشفعة والميراث – صـ443

(3)القانون رقم 77 لسنة 1943م

حياً"[1] وهذا الشرط ذاته عند الروم الأرثوذكس م 46 [2]، وفى القانون الإيطالى تقضى المادة 461 بأن "يكون له الأهلية القانونية فى اكتساب الإرث من يولد وقت افتتاح التركة أو من يولد بعد افتتاح التركة بمدة لا تزيد عن ثلاثمائة يوم من تاريخ وفاة المورث .[3] وفى القانون الإنجليزى : وإن لم ينص صراحة على الشرط الماثل إلا أن هذا يفهم ضمناً من مثل " فإن تركته تؤول جميعها إلى الزوج الذى أو الزوجة التى على قيد الحياة "[4]
ومن الواضح أن هذا الشرط تمليه وتفرضه قواعد العدالة والواقعية .

الشرط الثالث : وجود صلة قرابة تجمع بين الوراث والمورث :

وهذه الصلة التى تجمع بين المورث والوارث لها جهات ثلاث : النكاح، والقرابة، والولاء، ويتفاوت الميراث بحسب درجة القرابة[5] وقد نص عليه قانون المواريث المصرى فى مادته السابعة[6] وعند الأقباط الأرثوذكس فى مصر أسباب الإرث هى الزوجية والقرابة الطبيعية[7] وكذلك عند الروم الأرثوذكس وفى الشرائع الغربية[8] وذلك بخلاف الميراث الإيصائى أو الوصية التى قد تكون لغير الأقرباء .

---

(1)أ/ كامل عثمان – المرشد – صـ49
(2)أ/ كامل عثمان – المرشد – صـ84، 85 .
(3)التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م
(4)قانون إدارة التركات الصادر فى 1925م .
(5)د/ محمد حسين قنديل – دراسات فى الرهن والشفعة ... – صـ443
(6)القانون رقم 77 لسنة 1943م
(7)أ/ كامل عثمان – المرشد – ط 1 – صـ85
(8)كالقانون الإنجليزى فى 1 / 2، القانون الإيطالى فى المادة 536 .

الفرع الثانى

شروط الزواج الذى يصلح سبباً للميراث :

لما كان النكاح سبباً من أهم أسباب التوارث بين الزوجين كانت شروط هذا النكاح الذى يصلح سبباً للتوارث من الأهمية بمكان، لذا أعرض لهذه الشروط على النحو التالى :-

لقد أخذت هذه الشروط أشكالاً متعددة فى التاريخ الإنسانى ؛ ففى مصر القديمة كان الزوج يوصى لزوجته بجزء أو بكل التركة بشرط أن تنقل هذه الأموال إلى أولادها بعد وفاته، وبعد الأسرة الخامسة أصبحت الزوجة ضمن الوارثين، وعند وفاة أحد الزوجين كانت منفعة أموال الزوج المتوفى تنتقل للزوج الباقى على قيد الحياة، وذلك طيلة حياته، فكان ينقل إلى الزوجة ثلثا الأموال المشتركة وينتقل إلى الزوج الثلث وهو نصيب الزوجة[1] وفى العراق القديمة كان يشترط على الأرملة البقاء فى منزل الزوجية والتعيش مما تدره أموال العطية، فإذا لم يكن زوجها قد قرر لها هذه العطية فإنها كانت ترث مثل نصيب أحد الأبناء، وليس لها منها إلا الانتفاع ليعود بعد وفاتها إلى الأولاد .[2] فكانت الشروط تتمثل فى الإقامة فى منزل الزوجية، وفى شرط المنع من التصرف، وفى شريعة اليهود ذكر بعض الفقهاء أنها لا ترث إلا عند عدم وجود الأولاد " الزوجة "[3]

---

(1)د/ أحمد إبراهيم – فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – 2003م – صـ497 .
(2)د/ محمود السقا – فلسفة وتاريخ – دار الفكر العربى – 1978م – صـ404، 405 – د/ أحمد إبراهيم حسن فلسفة ... – صـ506، 507 .
(3)د/ صوفى أبو طالب – تاريخ النظم القانونية – دار النهضة العربية 1976م – صـ281، د/ أحمد إبراهيم حسن فلسفة وتاريخ النظم ..... – صـ508 .

ويمكن القول بأن شروط التوارث بالزواج تتمثل فى شرطين اثنين أولهما صحة الزواج، والثانى وفاة أحد الزوجين عن زوجية قائمة .

الفصل الأول

صحة الزواج كشرط لاستحقاق الميراث بالزوجية

فى الفقه الإسلامى : فرق الفقهاء فى شأن صحة الزواج بين المسلمين وغير المسلمين .

ففى حق المسلمين يشترط صحة الزواج كى يحصل الزوج أو الزوجة على ميراثه الشرعى من الزوج المتوفَّى[1] ولا يشترط مع صحة العقد شيء آخر ؛ فكلا الزوجين يستحق الميراث عند الوفاة سواء حدث دخول أو لم يحدث وإذا كان الزواج فاسداً أو باطلاً فلا يثبت به التوارث بين الزوجين عند وفاة أحدهما .[2]

---

(1)وقد سبق الحديث فى التمهيد من هذه الرسالة عن الزواج الصحيح وآثاره فيحال إليه منعاً للتكرار .

(2)لمزيد من التفصيل – القاضى رشيد بن محمد بن سليمان القيسى – الهدية فى شرح الرحبية فى علم المواريث – دار العاصمة – صـ25، الشيخ أبو زهرة – الميراث عند الجعفرية – دار الفكر العربى – صـ87، الشيخ/ محمد الشماع – المفيد من الأبحاث فى أحكام الزواج والطلاق والميراث – دار القلم – دمشق – الدار الشامية – بيروت صـ199، السيد عثمان بن حسين المالكى – سراج السالك شرح أسهل المسالك – المكتبة التوفيقية – بيروت جـ1 – صـ237، الشيخ/ محمد حسنين مخلوف – المواريث فى الشريعة الإسلامية – إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – صـ48، د/ ياسين أحمد إبراهيم – الميراث فى الشريعة الإسلامية – ط3 – 1407هـ / 1986م مؤسسة الرسالة – بيروت – صـ114، الشيخ/ أبو زهرة – عقد الزواج وآثاره – دار الفكر العربى – صـ218، 219 .

أما شرط الصحة فى حق غير المسلمين فى الفقه الإسلامى : " صحة الزواج "

بداية أقول : إن الفقهاء قد اتفقوا على الأمور الآتية فى حق غير المسلمين فى شأن توارثهم بالأنكحة من حيث الصحة أو عدمها :-

أولاً :-   إن غير المسلمين فى التوارث بالأنكحة ما لم يسلموا أو يتداعوا إلى القاضى المسلم، أنهم كما يعتقدون ولا شأن لنا بهم فى مواريثهم بالأنكحة الصحيح منها وغير الصحيح وذلك لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون، وهذا من مقتضاه .

ثانياً : إن غير المسلمين فى التوارث بالأنكحة إن أسلموا يخضعون لأحكام الإسلام على قدم المساواة، ومن ثم يشترط فى أنكحتهم ما يشترط فى حق المسلمين تماماً وبلا خلاف بين الفقهاء .

ثالثاً : إن غير المسلمين إذا كانت أنكحتهم صحيحة أو باطلة، فهم يرثون من أولادهم من هذا النكاح ويرثهم الأولاد، ويرث الأولاد بعضهم بعضاً، بصرف النظر عن صحة أو عدم صحة هذه الأنكحة فى مفهوم الإسلام وذلك مادام أنها قد صحت لديهم .

رابعاً : إن غير المسلمين لا يرث الزوج من الزوجة ولا الزوجة من الزوج بالأنكحة الباطلة وهى التى لا تصلح ابتداء ولا بقاء لفساد المحل، وهى باطلة بأصلها ووصفها، وذلك كالزواج بين المحارم، أو بين جنسين متحدين رجل ورجل أو امرأة وامرأة وهو ما يعرف حديثاً باسم زواج المثلين، ولا أعلم خلافاً فى عدم التوارث بالأنكحة الباطلة إلا خلاف ابن سريج من الشيعة حيث قال : والزوجة فى هذه الأنكحة ترث بالزوجية لأنها أثبت من

الأجنبية على سبيل المثال، وهذا كمن تزوج منهم من أخته فهى زوجة وأخت والأخت قد تحجب عن الميراث أما الزوجة فإنها لا تحجب أبداً . [1]

---

(1)وهذه خلاصة ما وجدته فى كتب الفقه الإسلامى . انظر فى الفقه الحنفى – السرخسى – المبسوط – جـ29 – صـ30 وما بعدها، والقادورى – تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق طبع على نفقة قارى محمد اسماعيل – جـ8 – صـ500 وما بعدها – الموصلى – الاختيار لتعليل المختار بتحقيق محمد محى الدين عبد الحميد – مكتبة محمد على صبيح – جـ5 – صـ161 وما بعدها، الإمام أبى الخطاب نجم الدين محفوظ الكلوذانى – التهذيب فى الفرائض – تحقيق : محمد حسن إسماعيل – دار الكتب العلمية – بيروت – صـ217 وما بعدها . وفى الفقه المالكى :- أبى عمر القرطبى – الكافى – دار الكتب العلمية – بيروت – صـ558 وما بعدها . وفى الفقه الشافعى :- الأم – كتاب الشعب – جـ3 – صـ12 وما بعدها، الشيخ/ الفيروزإبادى – المهذب فى فقه مذهب الشافعى ﷺ– عيسى البابى الحلبى – مصر – جـ1 – صـ24، الماوردى – الحاوى الكبير – تحقيق : محمود مسطرجى وآخرون – دار الفكر – جـ10 – صـ360 وما بعدها، ابن شهاب الرملى – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – مصطفى البابى الحلبى – مصر – جـ5 – صـ27 وما بعدها، أبى يحى زكريا الأنصارى – أسنى المطالب شرح روض الطالب – المكتبة الإسلامية – جـ3 – صـ15 وما بعدها، وفى الفقه الحنبلى : البهوتى – الروض المربع – عالم الكتب بيروت – صـ333 وما بعدها، شرح منتهى الأرادات – دار الفكر العربى – جـ2 صـ615 وما بعدها، الشوبكى – التوضيح فى الجمع بين المقنع والتنقيح – ناصر الدين عبد العزيز الميمان – المكتبة المكية – ط1 – 1418هـ / 1997م – جـ 2 – صـ909 وما بعدها، د/ محمد سليمان الأشقر المجلى فى الفقه الحنبلى – دار القلم – دمشق 1419هـ / 1998م – ط 1 – جـ2 – صـ576، المرداوى – الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – تصحيح محمد حامد الفقى – دار إحياء التراث العربى – بيروت – لبنان – ط1 – صـ348 وما بعدها . وفى الفقه الشيعى :- المرتضى – البحر الزخار – دار الكتاب الإسلامى – جـ5 – صـ366 وما بعدها، الإمام أبى جعفر محمد بن على الحسين القمى – من لا=

ولقد وجد من بعض الكتاب المحدثين [1] من يَنْسِب إلى الفقهاء القدامى القولَ بتوريث غير المسلمين من هذه الأنكحة الباطلة وخاصة الحنفية حيث يقول الكاتب : [2] " والمنصوص عليه فى الفقه الحنفى : أن فساد عقد زواج غير المسلمين إما أن يكون بسبب تخلف شرط من شروط صحته ابتداء لا بقاء كالزواج بغير شهود ... " وإما أن يكون بسبب تخلف شروط صحته ابتداء وبقاء كما فى زواج المحارم .. فإن كان بسبب الفساد من الحالة الأولى، فإن التوارث يثبت إذا ترافعا إلينا قبل إسلامهما بلا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى .. أما إذا كان سبب الفساد هو تخلف شرط من شروط الصحة ابتداء وبقاء ففى التوارث به رأيان :-

الأول : أنه لا يثبت به التوارث بينهما متى ترافعوا إلينا قبل إسلامهما أو أحدهما لأنهما لا يقران على هذا الزواج ... والثانى : أنه يثبت به التوارث بينهما – فإذا تخاصموا إلينا فى التوارث حكم به ... ثم يرجح الكاتب الرأى الثانى .

ولكن قد بدا لى أن الأمر فيه خلْطٌ بين النكاح الباطل الذى سبق بيانه وبين النكاح الذى اقترن به مُفْسِدٌ فى ابتدائه هذا أولاً، ثم إنه من جهة أخرى فإن الفقيه المشار إليه لدى الكاتب هو ابن عابدين الحنفى،

=يحضره الفقيه تصحيح الشيخ/ حسين الأعلمى – مؤسسة الأعلمى – بيروت – جـ4 – صـ252 وما بعدها .

(1)د/ أحمد فراج حسين – أحكام التركات والمواريث .. – صـ122، د/ بدران أبو العينين – أحكام التركات صـ127، وقد سار على ذات النهج د/ أحمد سلامة – الوجيز فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ط 1 – 1970م – دار النهضة العربية – صـ294، وأشار إلى تأييد الشيخ/ عبد الوهاب خلاف، والشيخ/ أبو زهرة

(2)ذات المراجع المشار إليها فى الهامش السابق

وهذا الفقيه ذاته قد رجح عدم توريث غير المسلمين بالأنكحة المحرمة هذه، ثم إنه قد ورد فى الفقه الحنفى تأييد لهذا، فيقول البعض [1]: " واتفق عامةُ العلماء على أنهم لا يورثون المجوس وسائر أهل الذمة بنكاح ذوى المحارم سواء كان من نسب أو رضاع إلا ما حكى عن على - كرم الله وجهه - أنه ورث المجوس بنكاح ذوى المحارم وأشار إلى كشاف القناع [2] وبرجوعى إلى المرجع المذكور تبين لى عدم وجود الأثر المشار إليه والمنسوب للإمام على- كرم الله وجهه - فى هذا الموضع، ثم إنى قد عثرت عليه فى بعض كتب الشيعة [3] ففى البند رقم 5745 قال : وفى رواية السكونى " أن علياً كان يورث المجوسى إذا تزوج بأمه أو بأخته أو بابنته من وجهين الأول أنها أم أو أخت أو بنت، والثانى أنها زوجة" ثم قال المصنف ولا أفتى بما ينفرد السكونى بروايته . وبعد فهذه رواية قد تبرأ منها أصحابها ولا حجة فيها .

وفى النهاية : إن فيما قال به الجمهور من منع توريث غير المسلمين عند التداعى أمام القاضى المسلم بالأنكحة الباطلة ما يتفق ومنطق الفطرة السوية التى تنأى بالإنسانية أن تتردى إلى عالم الحيوان، فمنع توريثهم بهذه الأنكحة ومن باب أولى إبطالها إنما هو تلبية لنداء الفطرة السليمة، ومنطق العقل الرشيد حتى لا تُتَّخذ الأمُّ أو البنتُ أو الأختُ زوجةً، وهذا قاسم مشترك عند ذوى الألباب .

وهذه الأمور الأربعة هى ما اتفق عليه الفقهاء أما ما اختلفوا فيه فهو فيما يلى :-

---

(1)أبو الخطاب نجم الدين محفوظ الكلودانى – التهذيب فى الفرائض – صـ217 .
(2)كشاف القناع للبهوتى – جـ 4 – صـ479
(3)أبو جعفر القمى – من لا يحضره الفقيه – جـ4 – صـ252 .

اختلف الفقهاء فى توارث غير المسلمين بالأنكحة التى لحقها فساد عند انعقادها كمن تزوج بدون شهود أو ولى أو فى عدة الزوجة من زواج سابق، وقد كانت أقوال الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال : -

القول الأول :- وهو لزفر من الحنفية [1] وهو يشبه قول المالكية [2] ويوافقه سكوت الشافعية [3] فيقول زفر : " لا توارث بهذه الأنكحة لعدم صحتها ابتداء ولا يمكن لغير الصحيح أن يصبح صحيحاً، ومن ثم لا يترتب عليها أثر من الميراث .

ويمكن الرد عليهم بأن الزواج غير الصحيح قد يترتب عليه بعض آثار الزواج الصحيح كالإحصان، والنفقة، وثبوت النسب، كما أن الاعتراف لهم بآثار هذه الأنكحة لا يمثل خرقاً للقيم الإنسانية العامة التى تحافظ الشريعة الإسلامية عليها بالنسبة لجميع البشر، كمنع زواج المحارم كما سبق بيان ذلك .

القول الثانى :- وهو لأبى يوسف القاضى ومحمد بن الحسن الشيبانى " صاحبى أبى حنيفة " [4] حيث فرقا بين صورتين من صور فساد أنكحة غير المسلمين فالأولى تتمثل فى النكاح الذى وقع عندهم بلا شهود، فهذا عندهما يتوارث به، والثانية وهى النكاح الذى وقع فى عدة الزوجة من زواج سابق حيث لا توارث به .

---

(1)تكملة البحر الرائق – جـ 8 – صـ501
(2)الكافى فى فقه أهل المدينة – صـ558
(3)المهذب فى فقه الشافعى – جـ 1 – صـ24 وما بعدها، وإن لم يصرح عندهم بهذا إلا أنه موافق لمذهبهم فى عدم صحة هذه الأنكحة
(4)تكملة البحر الرائق – جـ 8 – صـ501 .

ويمكن الرد عليهم بأنه لا سند لكم فى هذه التفرقة ولا وجه لها . فما وجه التمييز بين نكاح فاسد لوقوعه فى عدة الزوجة من زواج سابق، وزواج فاسد لتخلف شرط الإثبات .

القول الثالث :- وهو للإمام أبى حنيفة [1] والحنابلة [2]

وقد قالوا : بأن غير المسلمين يتوارثون بالأنكحة التى يقرون عليها إذا أسلموا أو ترافعوا إلى القاضى المسلم، فلو فرض أن زوجين من غير المسلمين كان قد تم زواجهما بغير شهود أو فى عدة الزوجة من زواج سابق، أو بدون وَلِيٍ، وانتهت العدة قبل الإسلام فإن فقه هذا القول، أنهم يقرون على هذه الأنكحة، وعليه فإنهم يتوارثون بها متى تحاكموا إلى القاضى المسلم وهم على دينهم .

وهذا القول الأخير هو الراجح فى هذا الموضوع وذلك لموافقته روح الشريعة الإسلامية التى تحافظ على القواسم المشتركة للإنسانية مع غير المسلمين ولا تعبأ بما لا يمس هذه المعانى الإنسانية من الفروع، وإلا فالقول بغير ذلك يعنى أن جميع الناس مسلمون ويخضعون لأحكام الشريعة، وقد سبق القول من الحكيم العليم أنه " لا إكراه فى الدين " [3] ولا يصح التعليل هنا باعتماد ما يعتقدون إباحته كما فى الخمر والخنزير حتى ضمن الفقهاء المسلم الذى يتلف أياً منهما ذلك أن الفقهاء على نحو ما هو

---

(1)تكملة البحر الرائق – جـ 8 – صـ501 .

(2)البهوتى – شرح منتهى الإرادات – جـ 2 – صـ627 .

(3)سورة البقرة – جزء الآية 256، ويمكننى القول بأن هذه القواسم المشتركة للإنسانية هى كل ما يحافظ على الإنسان باعتباره إنساناً بغض النظر عن عقيدته الدينية، فما خالف سلوك الإنسان بطل حكمه وأثره فى الإسلام حتى ولو صدر من غير المسلمين وكان موافقاً لمعتقدهم، وذلك كزواج المثلين

واضح من العرض السابق لا يعترفون بكثير من هذا الزيجات ولا يقومون لآثارها وزناً كالزواج بالأمهات حفاظاً على الإنسانية .

أما عن شروط صحة الزواج لدى أصحاب الشرائع الملية فى مصر

فيمكن إجمال هذه الشروط فى أربعة وهى :- التراضى بين الزوجين، وعدم وجود موانع، ومراعاة الشكل الدينى فى الانعقاد، ثم مراعاة العلانية فى إتمام الزواج [1] فإذا انعقد صحيحاً على هذا النحو كان جديراً بترتيب الميراث عليه عند وفاة أحد الزوجين، وفى قانون الأحوال الشخصية السورى تقضى المادة 49 منه بأن " الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة وتوارث الزوجين " [2] وفى القانون اليوغسلافى يشترط فى الزواج حتى يكون صحيحاً التراضى وعدم عقد زواج ثان، وعدم وجود موانع واختلاف الجنس بين الزوجين " [3] وفى القانون الفرنسى يشترط فى الزواج الصحيح اختلاف الجنس وبلوغ سن معينة ووجود التراضى، ورضاء أسرة كل منهما، وعدم وجود موانع الزواج التى يحددها القانون . [4]

---

(1)انظر بالتفصيل : أ/ محمد محمود نمر – أ/ ألفى بقطر حبشى – الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من المصريين فى الشريعتين المسيحية والموسوية مطابع دار النشر للجامعات المصرية – ط1 – 1957م – صـ246 .

(2)مصطفى السباعى – شرح قانون الأحوال الشخصية – المكتب الإسلامى – جـ 1 – صـ178، 179

(3)انظر قانون تأسيسى للزواج رقم 181 بلغراد – الجريدة الرسمية رقم 29 الثلاثاء 9 أبريل سنة 1946م . انظر أ/ كامل عثمان – الأحوال الشخصية للأجانب والمصريين – الكتاب الأول – مطبعة الفجالة – مصر – ط 1 1953م – صـ394، 395 .

(4)انظر بالتفصيل فى شرح ما سبق د/ حسن الأشمونى، محمد عبد الكريم – مرجع القضاء فى تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب – الكتاب الأول التشريع الفرنسى=

شروط صحة الزواج- فى القانون المصرى – الذى يصلح التوارث به.

كما هو معلوم أن مصر دولة تتعدد فيها الشرائع حيث يوجد إلى جوار الأغلبية المسلمة أقلية من أصحاب الشرائع الملية، ولمعرفة الوضع بالنسبة للشرط الماثل فى القانون المصرى يلزم التعرض لثلاثة أمور بيانها كالآتى :-

أولاً:- القاعدة العامة فى تعيين صفة الوارث من الزوجين وتحديد نصيبه وانتقال أموال التركة إليه .

وَحَّدَ المقننُ المصرىُ الاختصاصَ القانونى بحكم مسائل المواريث بالنسبة لجميع المصريين مسلمين وغير مسلمين وذلك عند صدور القانون المدنى فى عام 1948م حيث نصت المادة 1/875 على أن " تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها " كذا تقضى المادة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1944م بأن قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا .. " وكذا ما جاء بالمادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م والتى تنص على أن " تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة ... " وأيضاً فى المادة الأولى من القانون رقم 77 لسنة 1943م بشأن المواريث بقولها : " يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالمواريث الأحكام المرافقة لهذا القانون "

=فى الأشخاص – القاهرة – دار النشر للجامعات المصرية – صـ66 وما بعدها، د/ عبد الفتاح عبد الباقى – الزواج – قيامه آثاره انقضاؤه فى القانون الفرنسى = مطبعة نهضة مصر سنة 1965م – صـ29 وما بعدها .

وقد أعمل القضاء هذه القاعدةَ فمن هذا القبيل قضاء محكمة النقض المصرية بأنه " يدل النص فى الفقرة الأولى من المادة 875 مدنى والمادتين الأولى والرابعة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943م على أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين، داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم " [1]

ويستخلص من مجموع النصوص السابقة ومن قضاء محكمة النقض عدة نتائج وهى :-

(1) أن تحديد نصيب كل وارث، وكيفية انتقال أموال التركة إليه تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية سواء كان الورثة مسلمين أو غير مسلمين اتحدت مللهم أو اختلفت .

(2) أن تحديد الوارث وغير الوارث ممن خلفهم المورِّث يخضع للشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى إطارها، وذلك سواء كان الورثة مسلمين أو غير مسلمين متحدى الملة والطائفة أو مختلفين وهذا باعتبار قواعد الشريعة الإسلامية العامة التى يخضع لها المسلمون وغيرُ المسلمين، فعلى سبيل المثال لو مات شخص وترك زوجة وابناً، وبنتاً، وعماً، وخالاً فالشريعة الإسلامية تحدد الورثة هنا بأنهم

---

(1) الطعن رقم 138 لسنة 62 قضائية أحوال شخصية جلسة 11 / 3 / 1996م، وانظر الطعن رقم 364 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية – جلسة 25 / 5 / 1998م – م/ حسن منصور – المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية – دار الجامعة الجديدة 1997م – صـ147، أ/ محمد أحمد يوسف – موسوعة المرجع القانونى – أحدث أحكام النقض – صـ339

الزوجة والابن والبنت، أما العم والخال فلا يرثان فى هذا المثال، وذلك فى حق المسلمين وغير المسلمين سواء .

(3) أن التحديد الوصفى عند تعيين الورثة غير المسلمين سواء اتحدت مللهم أو اختلفت تخضع لهذه الشرائع الملية، ويعد هذا تطبيقاً للقواعد الوضعية فى الفقه الإسلامى مع غير المسلمين فى تنظيم أحوالهم الشخصية ولإيضاح هذه القاعدة أقول : لو مات شخص من غير المسلمين وترك زوجة وأولاداً، وبنات وأباً وأماً فإن تحديد وصف الزوجة بالزوجية يخضع لشروط صحة الزواج عند غير المسلمين، وكذا فى حق باقى الورثة، وهذا الأمر إنما هو تطبيق لما سبق عرضه من موقف الفقه الإسلامى فإنه يشترط أيضاً ألا يكون هذا الزواج عند غير المسلمين باطلاً بأصله ووصفه، وهذا ما يتدخل قيد النظام العام لمنع التوريث به عند تحققه وهذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م بالقول : " طبقاً لشريعتهم فيما لايخالف النظام العام " ولقد وجدتُ من قضاء محكمة النقض ما يساند هذا الفهم[1] وذلك بقولها : " مؤدى النص الأخير " المادة السادسة " من القانون رقم 462 لسنة 1955م، وكذا المادة 280 من القانون رقم 87 لسنة 1931م بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن أحكام الشريعة الإسلامية تكون هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفةً أو ملةً وأن المقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم، ودون أحكام الشريعة الخاصة .... إلا أنه لا محل لإعمال هذه القواعد الموضوعية فى

---

(1)الطعن رقم 89 لسنة 62 قضائية أحوال شخصية – جلسة 18 / 1 / 1996م

الشريعة العامة فيما يتعلق بطبيعة زواج المسيحى التى تختلف عن زواج المسلم، إذا تعارضت مع إحدى المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة الدينية والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقاً عن ديانته وانحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته . مادام لا تنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام، ومن قبيل المبادئ التى لا تتعارض وقواعد النظام العام فى مصر وتعتبر من الأصول الأساسية فى الديانة المسيحية خاصة الأرثوذكس اعتبار الزواج من المقدسات وأنه سر من أسرار الكنيسة "

وإن كان الحكم الماثل قد بنى على تطبيق الشريعة الإسلامية عند تخلف شروط تطبيق الشرائع الملية لاختلاف شريعة الزوجين روم أرثوذكس مع أقباط أرثوذكس إلا أنه يصلح سنداً لما أقول لأن المواريث من الأمور التى تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية . وتطبيقاً لما سبق فإن طائفة السريان الأرثوذكس تُحرِّم زواجَ المطلَّقة والزواجَ ببنت العم والعمة والخالة ونسلهم إلى الدرجة الخامسة، فلو فرضنا أن زواجاً تم بالمخالفة لهذه الموانع، فإنه وبالتطبيق على ما سبق لا ميراث للزوجين من هذه الأنكحة حتى ولو تمت صحيحة فيما عدا هذه المحاذير المشار إليها لأن العبرة فى وصف الوارث بأنه زوج إنما يكون بالتطبيق لأحكام الشرائع الملية .

ثانياً : الاستثناء من القاعدة السابقة .

استثنى المقننُ المصرىُ من القاعدة السابقة حالةً أجاز فيها التوارثَ طبقاً للشرائع الملية، وهى الحالة المنصوص عليها فى القانون رقم 25 لسنة 1944م وفى مادته الأولى والتى تنص على أن : " قوانين الميراث ... وأحكام الشريعة الإسلامية فيها .. على أنه إذا كان المورِّثُ غيرَ مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية، وقوانين الميراث .. أن يتفقوا على أن يكون

التوريث طبقاً لشريعة المتوفَّى " وفحوى هذا الاستثناء أن المتوفَّى الغير مسلم [زوجاً كان أو زوجة] يجوز لورثته من غير المسلمين بما فيهم من زوج أو زوجة الذيْن تعدهما الشريعة الإسلامية ورثة أن يتفقوا على أن يكون التوريث [تحديد الورثة وانتقال أموال التركة] طبقاً لشريعة المتوفَّى وذلك أمام القضاء، وهذا المعنى أكدته محكمة النقض[1] حيث تقضى بأن " القاعدة الأساسية فى مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ما لم يتفق الورثةُ الذين تعترف هذه الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك " ولكن هل يُشترط إلى جوار التراضى بين الورثة المعتبرين الشروط المنصوص عليها فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م والتى حلّتْ محل المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955م فى فقرتها الثانية والتى تعرف بشروط إعمال الشرائع الملية فى مصر والتى تتمثل فى اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة، ووجود جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون وفى حدود النظام العام ؟

فى الواقع أن الخلاف بين الفقهاء قديما وفى ظل المادة السادسة من القانون 462 لسنة 1955م[2] وأرى مع من يقول باشتراط هذه الشروط التى فى المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م تمشياً مع القاعدة الأصولية التى مقتضاها أن المطلق يحمل على المقيد والحكم للاحق .

---

(1)الطعن رقم 9 لسنة 4 بتاريخ 30 / 5 / 1935م . د/ توفيق فرج – أحكام الأحوال الشخصية 1969م – ط 3 صـــ54،

(2)انظر مثلاً : د/ توفيق فرج – فى الأحوال – صـــ57 وما بعدها وهو يستدل على ضرورة اعتبار هذه الشروط، و د/ أحمد سلامه فى الأحوال الشخصية – ط 2 – بند38 – صـــ57، 58، وهو يعترض على د/ توفيق فرج فى ذلك، وفى تأييد د/توفيق فرج د/ عبد الودود يحى – الأحوال الشخصية لغير المسلمين، 1960م – صــــ27، 28

ثالثاً : الشروط الخاصة التى وضعها المقنّن المصرىُ بالمادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000م

نص المقنِّنُ المصرىُّ فى المادة 17 على أن : " لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سنُّ الزوجة يقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كان سنُّ الزوج يقل عن ثمانى عشر سنة ميلادية وقت رفع الدعوى، ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931م، ما لم يكن الزواج ثابتاً بأية كتابة " ومن هنا نجد أن المشرع قد وضع شرطين فى هذه المادة من أجل الاعتراف بآثار الزواج وإن لم يكن كلاهما طعن فى صحة الزواج وإنما هما وعلى حد قول محكمة النقض[1] بقولها : " إن توثيق الزواج على يد الموثِّق المختص طبقاً للقانون رقم 629 لسنة 1955م ليس شرطاً لازماً لصحة العقد وإنما هو من قبيل إعداد الدليل لإثباته " .

الشرط الأول : ألا يقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ميلادية، وسن الزوج عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى، وإذا لم يتوافر الشرطُ الماثلُ لا تقبل الدعاوى الناشئة عن هذا الزواج بما فيها دعوى التوريث الناشئة عن هذا الزواج، حتى ولو كان الزواج صحيحاً فى ذاته .

الشرط الثانى : اشتراط توثيق الزواج بورقة رسمية، وعند عدم التوثيق لا تقبل الدعاوى ولا يقبل غيرها، وعلى ذلك فعند إنكار الزوج أو الورثة لهذه الزوجية لا يحق للزوجة أن تطالب بأى شيء من الميراث ما لم

---

(1)الطعنان رقم 16، 26 لسنة 48 قضائية جلسة 17 / 1 / 1979م السنة 30 عدد 1 – قاعدة 60 صـــ276

يكن عقد زواجها موثقاً توثيقاً قانونياً فى وقائع الزواج اللاحقة على أول أغسطس عام 1931م .

الغصن الثانى

وفاة أحد الزوجين عن زوجية قائمة

يشترط لتحقق ميراث أحد الزوجين من الآخر أن يُتَوَفَّى أحدُهما عن زوجية قائمة لم تنتهِ بالطلاق أو الفسخ، إلا حالة الطلاق الرجعى فإذا ما توفى أحدهما أثناء العدة فإن الباقى منهما على قيد الحياة يرث من المتوفَّى، أما إذا فاتت العدة أو كان الطلاق بائناً " لا رجعة فيه " وفى حال الصحة أو بعد فسخ الزواج فلا ميراث للباقى على قيد الحياة من المتوفى منهما وهذا أمر متفق عليه، أما إذا وقع الطلاقُ البائنُ فى حال المرض، فلا ميراث عند الشافعية[1] وترث الزوجة عند الحنابلة ما لم تتزوج فإن تزوجت قبل وفاة الزوج فلا ميراث لها[2] وترث عند المالكية حتى ولو انتهت العدة وتزوجت[3] وعند الحنفية ترث الزوجة من الزوج ولا يرث هو منها مادام أنه قصد الإضرار بها وذلك مادام قد تُوفِّى فى عدتها[4] وفى النهاية فإن ما رآه الحنفية قيماً ووجيهاً " وذلك معاملة له بخلاف قصده " وهو المعوَّلُ عليه فى القانون المصرىِّ رقم 77 لسنة 1943م وذلك بنصه فى

---

(1)الإمام الشيرازى – المهذب – صـــ25

(2)البهوتى – شرح منتهى الإرادات – جـ 2 – صـــ628 وما بعدها، والعلامة الشوبكى – التوصيح فى الجمع بين المقنع والتقنيح – تحقيق ناصر عبد الله الميمان –جـ2 – صـــ910

(3)السيد عثمان الجعلى – سراج السالك شرح أسهل المسالك – المكتبة الثقافية – بيروت – جـ1 – صـــ237، القرطبى – الكافى – صـــ556، 557

(4)الكمال بن الهمام – شرح فتح القدير – دار الفكر – جـ7 – صـــ240 وما بعدها

المادة 11 على أن " .... وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعياً إذا مات الزوج وهى فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل، وتعتبر المطلقة بائناً فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلّقُ فى ذلك المرض وهى فى عدته "[1]

وفى القانون اليونانى تقضى المادة 1822 بأنه " لا يستحق الزوج الباقى على قيد الحياة أىَّ حق فى التركة إذا كان المُتَوَفَّى بسبب جدى للطلاق بخطأ الزوج الذى على قيد الحياة قد رفع دعوى لهذا الغرض "[2]

وفى القانون الإيطالى تقضى المادة 585 بأن " يُحْرَم من الإرث الزوجُ الذى يكون قد صدر ضده حكمٌ بالتفريق الجسمانى حتى ولو كان الحكم بمسئولية الزوجين المشتركة "[3] وعلى كل حال فإن الشرط الماثل تطلبه النظم الإنسانية غالباً .

النتائج المترتبة على عرض شروط الميراث بالزوجية

من العرض السابق لشروط التوارث بالزوجية يتضح منها عدة نتائج هذا بيانها :-

أولاً:- أن الشروط المعتبرة لإمكان التوارث ين الزوجين تنقسم إلى شروط عامة بكل المواريث، وشروط خاصة بالميراث بالزوجية .

---

(1)الوقائع المصرية فى 12 / 8 / 1943م – عدد 92

(2)قانون المواريث اليونانى رقم 2250 بتاريخ 15 / 3 / 1940م – أ/ كامل عثمان – المرشد – صـــ159

(3)التشريع الإيطالى للأحوال الشخصية قانون رقم 262 بتاريخ 16 / 3 / 1942م، انظر أ/ كامل عثمان – المرشد – صـــ262 .

ثانياً :- أن الشروط العامة للميراث تتمثل فى ثلاثة شروط موت المورث وحياة الوارث، ووجود صلة قرابة بينهما تستوجب الميراث . وأن هذه الشروط قد نظمها الفقهُ الإسلامى وتبعه فيها القانونُ المصرىُّ وقريباً منه سارت الشرائع الملية فى مصر، ولم تكن هذه الشروطُ بعيدةً عن النظم القانونية القديمة فى مصر والعراق .

ثالثاً :- عرفت الشروط الخاصة بالتوارث بالزوجية فى النظم القانونية القديمة وبأشكال قد تشبه أو تختلف عن التنظيم الحالى لها، وأن هذه الشروط غالباً ما تكون فى شرطين : صحة الزواج، ووفاة أحد الزوجين عن زوجية قائمة .

رابعاً :- أن شرط صحة الزواج فى حق المسلمين لازم لتحقيق الميراث بالزوجية وفى حق غير المسلمين عند فقهاء الإسلام إنهم يتركون وما يدينون ما لم يسلموا أو يتداعوا إلى القاضى المسلم، فإذا أسلموا أو أحدهم خضعوا فى التوارث بأنكحتهم لأحكام الإسلام، وإنهم يرثون من أولادهم ويرثهم أولادهم سواء كانت أنكحتهم صحيحة أو باطلة، وإن الزوج والزوجة لا يرث أحدهم الآخر بالأنكحة الباطلة التى لا تصلح ابتداء ولا بقاء، ثم اختلف الفقهاء فى توارث غير المسلمين بالأنكحة الفاسدة التى لحقها مُفْسد فى ابتداء النكاح لا فى بقائه والراجح أنهم يتوارثون بهذه الأنكحة . ثم إن أصحاب الشرائع الملية فى مصر يشترطون لإمكان التوارث بالأنكحة التراضىَ بين الزوجين، وعدم وجود موانع للزواج ولا الميراث، ومراعاة الشكل الدينى فى الانعقاد، ومرعاة العلانية فى إتمام الزواج .

خامساً :- أن المقننَ المصرىَّ قد وحَّد الاختصاصَ القانون بحكم مسائل المواريث بين المسلمين وغير المسلمين عند صدور القانون المدنى عام

1948م ولا يجوز تطبيق الشرائع الملية إلا بتراضى جميع الورثة على ذلك . والمقننُ المصرى فى ذلك لم يخرج عن المقرر فى الفقه الإسلامى .

سادساً :- إن المقننَ المصرىَّ قد استحدث بعضَ الشروط فى القانون رقم 1 لسنة 2000 م تتعلق بسن الزوجين وتوثيق الزواج بورقة رسمية .

سابعاً :- اتفق الجميع على اشتراط وفاة أحد الزوجين عن زوجية قائمة حتى يتسنى حصولُ الباقى منهما على الحياة على نصيبه فى الميراث .

المبحث الثانى

القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين عند تنازع القوانين وعند اختلاف الديانة

الزواج قد ينشأ وطنىَّ العناصر، زوجاً وزوجة، واتحادَ إقامة واتفاق ديانة وقد تم على التراب الوطنى، وقد تُوفِّىَ أحدُ الزوجين ولم يطرأ على علاقة الزوجية أىُّ عنصر أجنبىٍّ، حينئذ لا يثار تنازعٌ للقوانين، ومن ثم تخرج عن نطاق الدراسة الماثلة، وإن كانت هذه هى القاعدة فى الزواج إلا أن العلاقات الإنسانية تتجاوز الحدود الجغرافية لأن الإنسانية فى أصلها أسرة واحدة ﴿ يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ " الحجرات – آية 13 " فهذا التعارف الإنسانى تنشأ عنه علاقاتٌ زوجيةٌ تتعدد فيها الجنسياتُ، وقد تتباين منها الدياناتُ، بل قد يتم الزواجُ فى غير بلد الزوجين، ثم إن أحدهما قد يُتَوفَّى وقد ترك ثروةً بعضُها عقارٌ وآخر منقول، أو قد يكون محلها بلداً ثالثاً، حينئذ يثار تنازعٌ للقوانين .

فما هو القانون الذى توزَّع به الأنصباء ويفصل به بين هؤلاء الفرقاء ؟ وما هو الحل عند اختلاف الزوجين ديانةً ؟

وللإجابة على السؤالين السابقين أُقسِّم هذا المبحثَ إلى مطلبين أخصص الأول منهما للحديث عن القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين، ويتلوه الآخر للحديث عن اختلاف الزوجين ديانة .

المطلب الأول

القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين عند تنازع القوانين

يثار فى أول الأمر مشكلة الطبيعة القانونية لميراث الزوجين، فإذا عُرِفَتْ تلك الطبيعةُ جاءت مشكلةُ تحديد القانون الواجب تطبيقه ونطاقها، وذلك فى فروع ثلاثة :

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لميراث الزوجين ذوَىْ العنصر الأجنبى .

إن الفاحص لطبيعة الميراث ليجد به صفات تلحقه بالأحوال الشخصية، وأخرى تُلحقه بالأحوال العينية، فمن الصفات التى تُلحقه بالأحوال الشخصية : أن الميراث يكون الأشخاص فيه محل اعتبار [وارث ومورث] كما أن للقرابة أثراً فى استحقاقه، وعلى حد قول البعض : خلافه أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال [1]

ومن الصفات التى تلحقه بالأموال أن التركة أولها وآخرها مال منقول أو عقار، ويتم تملكه عن طريق الميراث، ولما كان الميراث على هذه الحالة فقد تباينت فيه وجهاتُ النظر فى الدول المختلفة :-

ففى فرنسا مثلاً يتعلق الميراث بالعديد من فروع القانون : قانون الأسرة " الأحوال الشخصية " وقانون التصرفات القانونية [بسبب إرادة الأطراف فى انتقال الأموال بسبب الوفاة أى التصرفات الإرادية] وقانون الأموال . ومن بين هذه الارتباطات الثلاثة التى يرتبط بها الميراث اختار

(1)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع – صـ930 .

القانون الفرنسى منذ العصور الوسطى Moyen Age قانون النظام العينى Starutneel وهذا ما يجد تفسيره فى الارتباط بالنظام العقارى وهيمنته على مشاكل الإرث وإمكانية حل هذه المشاكل بالارتباط به ويدور القانون الدولى الخاص فى هذا الفلك، غير أن الوضع السابق كان يفرق بين العقار والمنقول فقد جعل ميراث المنقول متعلقاً بالأحوال الشخصية وقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية فى 19 يونية 1929م حكمٌ فحواه أن القانون الذى يطبَّق على ميراث المنقول هو قانون البلد الذى فيه آخر موطن للمتوفى، وذلك فى ظل القانون القديم وتطبيقاً لمبدأ mobilia segunien persoam أى مبدأ أن المنقولات تتبع الشخص، فربط الميراث بشخص المتوفَّى يتجه إلى تحرير الميراث من الطبيعة المالية لإدخاله فى طائفة النظام الشخصى وقد تم هجر هذا التصور منذ حكم labedan الصادر عن محكمة النقض عام 1939م[1] وقد سار على هذا النهج كلٌّ من القانون البلجيكى، والإنجليزى، والأمريكى، والكندى والاسترالى.[2]

بينما غلَّبت بعضُ الدول الطبيعةَ الشخصيةَ للميراث كما هو الحال فى القانون الأسبانى، والألمانى، والنمساوى، وسائر القوانين العربية[3]

---

(1)انظر فى الفقه الفرنسى :-

- Daniel Gutmann ،DROIT INTERNATIONAL PRIVE SE edition 2000DALLOZ ،No 206 ،207 p 157 – No 210 . p 157 .
- Yvon Loussouarn ،Droit interna tional prive – DALLOZ ، 7 ، edition ،2001 No 285 ،p 349

وقد استعنت فى الترجمة بـ د/ نادية فرج

(2)أشار إليهم د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع – صـ933

(3)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة – صـ931، 932

بيد أن بعض الفقه يرى أن المواريث ذاتُ طبيعة خاصة ومستقلة عن الأحوال العينية والشخصية ومن ثم يجب وضعها فى طائفة مستقلة عن الأحوال العينية والشخصية[1]

أما عن الوضع فى القانون المصرى : فطبقاً للفقه المصرى فى القانون الدولى الخاص تدخل المواريثُ فى الأحوال الشخصية[2] وقد سبق القول بأن المقننَ المصريَّ قد تخلَّى عن نعت المواريث بالأحوال الشخصية فى حق الوطنيين ووضع لها قواعد موحدةً فى القانون المدنى لعام 1948م، إلا أن هذا المفهوم لا يزال قائماً فى حق المواريث الخاصة بالأجانب .

---

(1)د/ سامى بديع منصور – القانون الدولى الخاص – الدار الجامعية – بيروت – ط 1997م – صـ289 وما بعدها، د/ أدمون نعيم – الوجيز فى القانون الدولى الخاص – ط 1963م – بيروت – صـ177 – ومشار إليها لدى د/ محمود مصيلحى، د/صلاح الدين جمال – مبادئ .... – صـ443 – هامش 2 .

(2)د/ أحمد مسلم – موجز القانون الدولى الخاص المقارن فى مصر ولبنان – دار النهضة العربية – بيروت – صـ231، د/ إبراهيم أحمد – القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين – دار النهضة العربية 2003م – صـ253، د/ هشام صادق – تنازع القوانين – منشأة المعارف – الإسكندرية – صـ618، د/ جمال الكردى – دروس فى القانون الدولى الخاص – النظرية العامة للقانون الدولى الخاص تنازع القوانين – ط 2 – 1998 / 1999م – صـ379 وما بعدها، وانظر فى الأصول التاريخية – د/فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين – 2004، 2005م صـ262، د/ حامد ذكى – القانون الدولى الخاص المصرى – ط1 – 1936م – فقرة 243

الفرع الثانى

قاعدة الإسناد فى ميراث الزوجين

فى الواقع لم تتفق النظم القانونية على كلمة سواء بخصوص القانون الواجب تطبيقه على الميراث بصفة عامة وميراث الزوجين بصفة خاصة ، ومن ثم انقسمت الأنظمة القانونية إلى أربعة اتجاهات :

الاتجاه الأول : وقد اتخذ أصحابه من جنسية المورِّث ضابطاً للإسناد ، ومن ثم كان قانون جنسية المورث هو الواجب تطبيقه فى شأن المواريث . وقد أخذ بهذا الحل القانون الإيطالى، والألمانى، واليونانى، والأسبانى، والنمساوى، والتركى، والمجرى، والتشيكوسلوفاكى، والبولندى، والبرتغالى، وقوانين الدول العربية (1)

---

(1)انظر فى عرض القوانين المشار إليها تفصيلاً : د/ هشام صادق – تنازع القوانين – صـ614، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... – صـ930، 931، د/ فؤاد رياض، د/سامية راشد – أصول تنازع .... – صـ263، د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة – دار الجامعة بالإسكندرية صـ253، د/ حسن الهداوى – القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين – الأردنى – مكتبة دار الثقافة عمان – الأردن – 1997– صـ119، د/حسن الهداوى – تنازع القوانين وأحكامه فى القانون الدولى الخاص العراقى – مطبعة الارشاد – بغداد – 1972 – ط 2 – صـ181، د/ على على سليمان – شرح القانون الدولى الخاص الليبى – دار صادر – بيروت – صـ109، د/ محمد عبد الخالق عمر – القانون الدولى الخاص الليبى – دار النهضة العربية 1971 – صـ265، وقد كانت تركيا تعتبر الميراث من الأحوال العينية إذا ما تعلق بعقار، ومن ثم تخضع لحكم قانون موقعها بخلاف الحال فى المنقولات إذ أنها تخضع لحكم قانون الجنسية . انظر د/ حامد ذكى – مواريث الرعايا الأتراك – مجلة القانون والاقتصاد – السنة 18 – صـ629، وفى عام 1982م تغير الوضع بمقتضى المادة 22 من مجموعة القانون=

الاتجاه الثانى : وقد جعل أصحابُه من آخر موطن للمورث ضابطاً للإسناد ، ومن ثم يسرى على توزيع التركة قانونُ آخر موطن للمتوفَّى، حيث إنه غالباً مركز أعماله وفيه تتجمع أمواله ، ويأخذ بهذا الحل القانون السويسرى والبيروئى (1)

الاتجاه الثالث :- وقد ميَّز أصحابُه بين العقار والمنقول، فأخضعوا العقار لقانون موقعه، والمنقولَ لقانون آخر موطن للمتوفى، وقد أخذ بهذا الحل القانونُ البلجيكىُّ، والإنجليزىُّ، والأمريكىُّ، والكندىُّ، والإسترالىُّ (2)

وقد توسع القانونُ الفرنسىُّ ففرَّق بين قانون الإرادة وذلك فى الميراث الإيصائى حينما يحدد المورث القانون الواجب تطبيقه على توزيع تركته بطريقة إرادية، وبين القانون الواجب تطبيقه على الميراث " الإجبارى " ويختلف القانون الواجب تطبيقه بحسب نوع الميراث، فميراث العقار يخضع

=الدولى الخاص التى تنص على أن : " تخضع المواريث للقانون الوطنى للمتوفَّى، ويسرى القانون التركى على المواريث الواردة على عقارات كائنة بتركيا " د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع – صـ931 هامش 82 .

(1)د/ جمال الكردى – دروس فى القانون ..... – صـ379، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... – صـ931، 932، حيث يرى سيادته : أن هذا الاتجاه يُخضع المواريث للأحوال الشخصية، بينما يرى د/ على على سليمان أنه يخضع للأحوال العينية وذلك بقوله : " بينما تدخله بعض التشريعات فى الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفى " شرح القانون الدولى الخاص الليبى – صـ109

(2)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة ..... – صـ932 933، د/ جمال الكردى – دروس – صـ379، د/ هشام صادق تنازع ..... – صـ615، د/ أشرف وفا محمد – آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولى الخاص دار النهضة العربية – ط 1 – صـ110، د/ على على سليمان – شرح القانون ... الليبى – صـ109، 110

لحكم المادة الثالثة الفقرة الثانية من القانون المدنى الفرنسى وذلك بحسب موقع العقار، فالعقارات الواقعة بفرنسا تخضع لحكم القانون الفرنسى، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1837م فى قضية stewont ويجد هذا الحل تبريره فى الارتباط والتطابق مع الوضع الظاهر للعقار، غير أن تطبيق قانون موقع العقار يؤدى إلى تجزئة تسوية الإرث وذلك عندما يكون للمتوفَّى أكثر من عقار فى أكثر من بلد يجب معه تطبيق أكثر من قانون، وهذا فيه ما فيه من عدم المساواة بين الورثة فقد يتصف الشخص الواحد بصفة الوارث وعدم الوارث من خلال هذه التعددية القانونية، كما أن المحاكم الفرنسية ترفض اختصاصها بصدد ميراث عقار يقع فى الخارج .

أما عن المنقول فقد أكد حكمٌ صَدَرَ عن محكمة النقض الفرنسية فى 19 يونية 1939م أن القانون الواجب تطبيقه على ميراث المنقول، هو قانون البلد الذى فيه آخرُ موطن للمتوفَّى، وهذه القاعدة توجد فى ظل القانون القديم تطبيقاً لمبدأ mobilia segunien persoan أى المنقول يتبع الشخص . غير أن أساس هذا المبدأ محلُّ للغموض، فيمكن القول بأن الأمر يتعلق بإظهار علاقة شخصية بين المتوفى ومنقولاته، كما يمكن تبرير المبدأ بإضفاء صبغة محلية على مجموع المنقولات، ما دام أن المنقولات ترتبط بالشخص فيصبح تصور أنها ترتكز فى مكان آخر محل إقامة للمتوفى [1] ويشير البعض إلى أن هذه القاعدة تم وضعها فى القرن الرابع

---

(1)انظر هذا بالتفصيل :-

- Danil Gutmann : Droitintrnational ptive ،Dalloz ،zed ،2000 No ، 206 ،207 ،p 156 No 210 ،p 157 =

عشر والتى تعطى الاختصاص لقانون مكان موقع العقار وإلى قانون آخر موطن للمتوفى فى المنقولات أى أن " الواقعية nealite والتى تتعارض مع الشخص person تسود هنا بالنسبة للعقارات، أما المنقولات فقد شكلت غموضاً وقد وجدت تبريرها فى نظرية الشخصية ولقد جاء حكم labedan عام 1939م ليقرر بوضوح قانون الموطن للأجانب المتوفين فى فرنسا والصادر عن محكمة النقض الفرنسية . [1]

الاتجاه الرابع : خضوع المواريث لقانون الإرادة

أعطت بعضُ الاتفاقيات الدولية وبعضُ النظم القانونية للإرادة دوراً فى تحديد القانون الواجب تطبيقه على مسائل المواريث فمن ذلك قرارات مجمع القانون الدولى فى دورة انعقاده بالقاهرة 1987م حيث أوصى بمنح الشخص حقَّ الاختيار بين القانون الوطنى له " قانون جنسيته " أو قانون موطنه . [2]

= - Mayer (p) . Droit international pnives ،Mon tch nesrien Gadrion No ،799 ،p 517 K No 800 ،p 517

- Civ 7janv – 1982 ،Rev . cnit 1983 87 ،note Ancee negime malnimonio

غير أن هذه القاعدة لا تمتد إلى النظام المالى للزواج حيث إن النظام المالى للزواج أكثر أهمية من نظام الإرث على الرغم من الاتجاه المنتقد لاتفاقية لاهاى لعام 1978م، وقد استعنت فى ترجمة بـ / د/ نادية فرج .

(1)C : V – 27 avnil 1868 – s – 1868

ويرجع تطبيق هذه القاعدة إلى عام 1868م وذلك بالنسبة لميراث الفرنسيين المتوفين والقائمين فى الخارج . انظر بالتفصل المرجع السابق . Moyer (p) Droitint prive op cit .

(2)د/ محمد حمدى بهنسى – دور الإرادة الفردية فى حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير التعاقدية – دار النهضة العربية – 2004 – صـ63

وقد أعطت اتفاقية لاهاى الموقعة فى أول أغسطس 1989م بشأن القانون الواجب تطبيقه على التركات أهميةً كبرى لمبدأ وحدة القانون واجب التطبيق ونصت فى المادة 1/5 على أن الشخص يمكنه تحديد قانون دولة محددة ليحكم تركته ولا يكون للاختيار أى اعتبار إلا إذا كان لصالح قانون جنسيته أو قانون الدولة التى بها محل الإقامة العادية، وفى حالة غياب الاختيار تخضع التركة لقانون محل الإقامة العادية للمتوفَّى، وبشرط أن تستمر هذه الإقامة لمدة خمس سنوات قبل الوفاة [1]

وفى القانون الأمريكى الذى سمح للمورِّث بدور فى اختيار القانون الذى يطبَّق على تركته مع وضع عدة قيود على ذلك، فلا يعتد بهذا الاختيار إذا كان ضاراً بالزوج أو الزوجة الباقى على قيد الحياة منهما "[2]

وكذلك اعترف القانون الدولى الخاص السويسرى بدور الإرادة فى اختيار القانون الواجب تطبيقه على الميراث إذ سمح لرعايا الدول الأنجلو سكسونية المتوطنين فى سويسرا بإخضاع تركاتهم لقانونهم الوطنى، وبتعديل القانون السويسرى 1987م توسع فى حالات الاختيار إذ سمح بذلك للأجانب المتوطنين فى سويسرا وكذا السويسريين المتوطنين فى الخارج [3]

وأعطى القانونُ الألمانىُ الصادر سنة 1986م الحقَّ للمورِّث الذى يملك عقارات فى ألمانيا فى اختيار القانون الألمانى وفى إيطاليا صدر القانونُ

(1)انظر فى عرض هذه الاتفاقية :

el ،Droit int . prive ،- Gutmann (D)
No 210 ،6 op . cit، p 157
Mayer (p) -، Droit intr Nalional . prive op cit No ،804، 805

(2)د/ محمد حمدى بهنسى – دور الإرادة ... – صـ64، 65، 66.

(3)د/ محمد حمدى بهنسى – دور الإرادة ... – صـ67، 68

الدولىُ الخاصُ الإيطالى الخاص بالأسرة والتركات فى 31 مايو سنة 1995م والذى أدخل حقَّ المورِّث فى اختيار القانون الواجب تطبيقه على تركته م 2/46، وحصر حق الاختيار فى القانون الوطنى " الإيطالى " وقانون الدولة التى بها محل إقامة المورث وبشرط ألا يمس اختيار المورِّث هذا بالحقوق التى يقررها القانون الإيطالى للورثة الشرعيين بإيطاليا لحظة وفاة المورِّث م 2/46 . [1]

موقف القانون المصرى من ضابط الإسناد فى ميراث الزوجين

اتخذ المقننُ المصرىُ من جنسية المورث ضابطاً للإسناد، وهذا ما نصت عليه المادة 1/17 بقولها : " يسرى على المواريث .. قانونُ المورِّثِ وقت وفاته "[2] ويمقتضى هذه المادة وحَّدَ المقننُ المصرىُ الاختصاصَ القانونىَّ بمسائل المواريث العقار والمنقول وسواء كان القانون وطنياً أو أجنبياً، ومن ثم انقسم الفقهُ المصرىُ بين مؤيد ومعارض لمسلك المقنن على النحو التالى:-

وقد بارك جمْعٌ من الفقهاء موقفَ القانون المصرىِّ على هذا النحو فيقول أحدهم :[3] بهذا منع القانون تعدد القوانين كما سوَّى بين العقار والمنقول ويؤيده البعضُ بشدة قائلاً :[4] والحل المصرى يحقق خطوة هامة نحو توحيد القانون الواجب تطبيقه على الميراث على عكس الاتجاه الذى يفرق بين العقار والمنقول كما ينسجم مع طبيعة الخلافة فى الأموال بسبب الوفاة، فمن ناحية يلاحظ أن التركة لا يجب أن ينظر إليها كمال يمتلك

(1)د/ محمد حمدى بهنسى – دور الإرادة ... – صـ69 .

(2)من القانون المدنى المصرى لعام 1948م

(3)د/ محمد كمال فهمى – أصول ..... – صـ567

(4)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة ...... – صـ934، 935

مجزءاً فهى مجموع أو مخلوق قانونى يتصل بشخص المورث وتمثله، وتتكون من أموال مادية وغير مادية وحقوق وديون ومن غير المستطاع تحديد موقع ثابت لمفرداتها يمكن تطبيقه بأمان - كما أن قوانين الميراث قوانين خاصة تقوم على اعتبارات ومصالح عائلية قد تهدر عند تطبيق قانون غير قانون الجنسية، كما أن هذا القانون هو قانون الإرادة الضمنية للمتوفى، ويوافق البعضُ على ما اتجه إليه القانونُ المصرىُّ [1] فالمقنن فَضَّلَ إخضاعَ الميراث لقانون جنسية المورِّث ولا شك أن ذلك يتفق مع اعتباره الميراث من مسائل الأحوال الشخصية كما أنه اعتد فى تحديد قانون الجنسية بوقت الوفاة .

بينما عاب البعض مسلكَ المقنن هنا، فيرى البعضُ [2] فداحةَ خطأ العمل به ومن هذا القبيل أن تطبيق قانون الجنسية على المواريث إذا كان الموروث عقاراً يجعل العقارات خاضعة لقوانين أجنبية، وبما يترتب على ذلك من عدم الثقة العقارية لعدم تيقن معرفة الملاك الحقيقين لتلك العقارات على وجه يخل بالنظام العام المصرى كتوريث أولاد السفاح [المشروع طبقاً للقانون الفرنسى مثلاً] كما أنه يؤدى إلى تملُّك الحكومات الأجنبية لعقارات فى أرض مصرية كما فى حالة التركة الشاغرة وقد عَرَضَ لهذه الحجج وفندَّها بعضُ الفقه [3] حيث يقول : إن قواعد شهر حق الإرث تخضع للقانون المصرى فى حكم العقارات كما أن النظام العام يقف حجر عثرة فى وجه القواعد والقوانين المجافية للنظام العام فى مصر، ثم

---

(1)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولى .... - صـ235

(2)د/ عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولى الخاص فى أوربا وفى مصر - مطبعة الاعتماد 1342هـ / 1924 - بند 386 - صـ436، 437

(3)د/ جابر جاد عبد الرحمن - تنازع القوانين ..... - صـ484

ينبرى الكاتب مهاجماً لمسلك المقنن المصرى فى خضوع الإرث لقانون الجنسية فيقول : [1] لكن ليس معنى هذا أن الأخذ بقانون الجنسية فى المواريث مبَرَّؤٌ من كل عيب، فالواقع أن إعمال هذا القانون قد يتجافى مع الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التى يجب أن تسود فى موقع المال، الأمر الذى يترتب عليه تفضيلُ قانون هذا الموقع على قانون الجنسية، ثم يعود الفقيه قائلاً : وقد تؤثر هذه القوانينُ على الحالة الاجتماعية فقد أدت قوانينُ الميراث فى فرنسا إلى قلة المواليد حتى لا تتفتت الثروة والمشاريع فيضطر كل واحد إلى أن ينجب ولداً واحداً حتى لا يحدث مثل هذا .

ثم يذكر مثالب سياسية، وفى النهاية يطالب بتطبيق قانون موقع المال على العقار وينتهى قائلاً : إن هذا الأمر يؤدى إلى تعدد القوانين فى التركة الواحدة ويرى أن أكثر الحلول توفيقاً فى الأخذ بقانون موطن المتوفى حتى يؤمن وحدة القانون، ويعيب البعض مسلكَ المقنن المصرىِّ قائلاً: [2] ولم يعدل المشرع المصرى عن قاعدة إخضاع الميراث لقانون الجنسية بالرغم من زوال نظام الامتيازات وانقضاء الفترة الانتقالية .

والواقع أن مسلك المقنن المصرى فى ضابط الإسناد الماثل مسلكٌ حميدٌ ويتخلص من كل المثالب السابقة عند توضيح النطاق الذى يدخل فى إطاره وما يخرجه عن نطاقه، وهو إطار أجمع عليه الفقهاء فى مصر، كما أن الاعتداد بقانون جنسية المورث يشبه - وإلى حد ما - ما سنه فقهاء الإسلام فى هذا الشأن والذى سيأتى بيانه فى الفرع التالى .

---

(1)د/ جابر عبد الرحمن - تنازع ... - صـ485

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين - بند 230 - صـ263 .

مجال تطبيق قانون المورِّث

لما وضع المقننُ المصريُّ قاعدةَ الإسناد الماثلة بالمادة 1/17 وبناها على جنسية المورث فى مسائل المواريث فقد حدَّد الفقهُ إطاراً لهذه القاعدة لبيان ما يدخل فى نطاقها وما يخرج عن مضمونها :-

فيدخل فى نطاق قاعدة جنسية المورث

الأحكام الموضوعية العامة فى الإرث [1]

(1) بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيبهم ونصيب كلٍّ منهم .

(2) شروط استحقاق الإرث من موت المورث وحياة الوارث وتوريث الجنين وأحكام موت المورِّث والوارث معاً ، وأحكام المفقود .

(3) مدى حرية الوارث فى قبول التركة أو رفضها ، أو التنازل عنها أو القبول بشرط الجرد .

(4) تعيين المورِّث لمنفِّذ للوصية ، وسلطة المحكمة فى تعيين مدير للتركة ، وشروط ذلك ، واختصاصاته .

(1)انظر بالتفصيل : د/ حامد ذكى – مواريث الرعايا الأتراك – المقالة المشار إليها سابقاً – صـ632، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين – صـ451 وما بعدها، د/ محمد كمال فهمى – أصول القانون .... – صـ568، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين – صـ264 وما بعدها، د/ هشام صادق – تنازع القوانين صـ618 وما بعدها، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... – صـ935 وما بعدها، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ..... – صـ444، 445، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى .... – صـ235 وما بعدها، د/ جمال الكردى – دروس .... – صـ382 وما بعدها

(5) الحقوق والأموال التى تنتقل إلى الورثة وكيفية الانتقال . [1] ووقت تملُّك الورثة للتركة ، وطبيعة خلافة الوارث للمورث فى التركة إجبارية أم اختيارية .

(6) موانع الإرث، وقواعد الحجب والحرمان والعول والرد .

(7) إدارة وقسمة التركة .

(8) التدابير التحفظية والمستعجلة كوضع الأختام وإيداع النقود وغيرها من الأمور المبدئية وتهيئة التركة لتخضع لقانون المورِّث، إلا إذا خشى عليها من فوات الوقت وتعسُّر تطبيق قانون المورِّث، طبِّق عليها قانونُ القاضى استثناءً [2]

أما ما يخرج عن نطاق قانون المورِّث

1) التكييف القانونى فإذا عُرِضَ على القاضى منازعةٌ فى مسألة مالية فما هو الوصف الذى يضعها القاضى فى إطاره، [ميراث، وصية، تبرع، هبة، بيع، الخ]. فالتكييف بهذا الشكل يخضع لأحكام القانون المصرى، وذلك طبقاً لنص المادة 10 من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أن " القانون المصرى هو المرجع فى خصوص تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها " والمقصود بالقانون المصرى فى مجال المواريث هى الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى نطاقها وهو القانون رقم 77 لسنة

(1)وقد خالف فى هذا د/ إبراهيم أحمد – حيث يقول : بخضوعها لقانون موقع المال – القانون .... – صـ237 .

(2)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... – صـ941 وبتصرف .

1943م والقانون رقم 25 لسنة 1944م، والقانون رقم 1 لسنة 2000م .

2) بيان صحة أو عدم صحة الزواج فى حق الزوج الباقى على قيد الحياة، يخضع لقانون هذا الزوج الوارث، وذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الواردة بالمادة 12 من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أنه يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كلٍّ من الزوجين " وعلى ذلك فيخرج بيانُ صحة أو عدم صحة الزواج عن نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث .

3) تحديد حالة الوارث من حيث الذكورة والأنوثة، والموت والحياة، وقيام الشخصية القانونية ابتداء وانتهاء ويخضع كل ذلك لقانون جنسية ذلك الوارث وذلك عملاً بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 11 مدنى مصرى التى مفادها : أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم وبمقتضى هذه المادة تخرج تلك المسائل من إطار قاعدة جنسية المورث .

4) خضوع بعض إجراءات الميراث لقانون الموقع كالشهر والعلانية فى خصوص العقارات، وكذا تنظيم حالة الشيوع، وتصفية التركة وانتقال الأموال إلى الورثة ومسائل الحيازة . (1)

---

(1)انظر بالتفصيل : د/ أحمد سلامة – علم قاعدة ... – صـ938 وما بعدها، د/ هشام صادق – تنازع ... صـ620 وما بعدها، د/ محمد كمال – أصول ...... – صـ568، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع .... صـ451 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ...... – صـ265، د/ جمال الكردى دروس ..... – صـ385، د/ إبراهيم أحمد – القانون ...... – صـ236 وما بعدها.

5) ما يتعلق بالحقوق الواردة على العقار [إذا كانت التركة تضم عقاراً] تخضع لقانون موقع المال وهو المنصوص عليه بالمادة 18 من القانون المدنى المصرى بقولها : " يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار " وعلى هذا تخرج هذه الحقوق العينية العقارية من إطار القاعدة الماثلة وتخضع لقانون موقع المال (1)

6) مدى تعلق حق الدائنين بأعيان التركة وما يترتب على ذلك يخضع لقانون موقع المال وإذا ما كان هذا الدين ناشئاً عن التزام عقدى، يخضع لقانون الإرادة (2)

7) قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، يسرى عليها القانون المصرى حتى ولو كان المورث أجنبياً ما دام أن التركة كائنة بمصر . (3)

---

(1)د/ جمال الكردى – دروس .... – صـ385 .

(2)د/ هشام صادق – تنازع ...... – صـ620، د/ إبراهيم أحمد – القانون .... – صـ237

(3)وهذا ما عليه جمهور الفقهاء . انظر فى تأكيده : د/ جابر عبد الرحمن – تنازع – صـ475، د/ فؤاد راض، د/ سامية راشد – أصول .... – صـ266، د/ محمد كمال – أصول ... – صـ568، حيث يذكر أن هذه القاعدة من الأحوال العينية وليست الشخصية . د/ هشام صادق – تنازع ... – صـ621، د/ جمال الكردى – صـ386، بينما يرى د/ أحمد سلامه : أن القاعدة المذكورة يسرى عليها قانون جنسية المورث، وذلك حيث يرى سيادته أنها تتعلق بأمرين أولهما : هو هل الوارث يمثل المورِّث ويلتزم بالوفاء بكل ديون التركة ولو زادت عن نصيبه أم يقتصر على حدود نصيبه من التركة، والثانى : هو خلوص أنصبة الورثة فى التركة المدينة أى تحديد وقت خلوص ملكية التركة للورثة إن كانت مدينة هل تخلص بعد سداد الديون أم تثبت الملكية بمجرد وفاة المورث، ولكن لا تكون خالصة تماماً، والذى يقرر ذلك هو =

وحجة الفقه الغالب فى إخضاع تلك القاعدة لقانون المال أنها تتعلق بحماية حقوق الدائنين، وأن هذه القاعدة بمثابة حق عينى، أو رهن عام للدائنين، وأنها واجبة بالنسبة للتركات الموجودة فى مصر . (1)

الفرع الثالث

ميراث الزوجين عند تنازع الملل و الشرائع فى الفقه الإسلامي

فى الواقع أن الشريعة الإسلامية قد حسمت تنازع القوانين فى مسائل المواريث بقواعد واضحة وثابتة وحاسمة ما لم يحدث مثله فى غير المواريث، وذلك بمقتضى حديثين شريفين ثبتا عن رسول الله ﷺ .

الأول : ما رواه أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال : " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم " (2)

=قانون المورِّث ذاته لا قانون موقع أعيان التركة .. كما أن هذه القاعدة هى الوجه الأخر لمسألة التنازل عن الإرث ... علم قاعدة التنازع – صـ937، 938 . وانظر المختصر لقانون العلاقات الخاصة الدولية – دار النهضة العربية 1996م – صـ274، حيث يذكر سيادته فيه خروج تلك القاعدة عن نطاق قانون المورث، وخضوعها لقانون موقع المال

(1)انظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق بذات المواضع، ولكن يبقى مع ذلك ما ذهب إليه د/ أحمد سلامه وجاهته، وخاصة مع اتفاق هذا مع اعتبار هذه القاعدة من صميم المواريث فى الفقه الإسلامى، وكذا فى قانون المواريث المصرى، كما أن العمل بهذه القاعدة له تأثير بالغ على حقوق الورثة بالنقص أو الزيادة . وانظر فى نطاق قاعدة الإسناد فى الفقه الفرنسى Mayer .

805 ،804 ،No ،edb ،(p) . Droit international prive

. Droit international prive ،2 od ،2000 ،D ،No ،206 OT . S .

(2)رواه البخارى فى صحيحه – كتاب الفرائض – باب لا يرث الكافر – حديث رقم 6764 – صـ361، ورواه سفيان عن الزهرى عن على بن حسين عن عمرو=

والثانى : ما قد رواه حماد عن حبيب عن عمرو بن شعيب عن جده عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " (1)

وفى ظلال هذين الحديثين الشريفين وغيرهما مما يضيق المقام عن ذكره دار خلافٌ طويلٌ بين الفقهاء قديماً وحديثاً وذلك بالبحث والاطلاع فى كتب الفقه الإسلامى . (2)

= بن عثمان عن أسامة بن زيد، سنن ابن ماجة – المكتبة العلمية – كتاب الفرائض – باب 6 – حديث رقم 2729 – ـ911، وسنن أبى داود – دار إحياء السنة النبوية – جـ3 – صـ125

(1)سنن أبى داود – جـ3 – صـ125، 126 . سنن ابن ماجه – كتاب الفرائض – باب 6 – حديث رقم 2731 – صـ912

(2)الحنفى : الاختيار لتعليل المختار – للموصلى – جـ5 – صـ161 : صـ166، الفتاوى الهندية – جـ6 – صـ454، 455، تكملة البحر الرائق – جـ8 – صـ488 ؛ 500، المبسوط – جـ29 – صـ31 وما بعدها، مختصر اخلاف العلماء – جـ4 – صـ448 وما بعدها، التهذيب فى الفرائض – صـ217 : 227، الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد – جـ2 – صـ273 : 275 . * وفى المالكى : شرح منح الجليل – جـ4 – صـ697، الدرارى المضيئة – جـ 1 – صـ272، الكافى فى فقه أهل المدينة الوافى – صـ555 : 558، سراج السالك – جـ 1 – صـ238، القوانين الفقهية – الإمام/ عيد محمد محمد بن جزى الكلبى – دار الكتاب العربى – صـ389 . * وفى الشافعى : الأم – جـ3 – صـ2، 12، نهاية المحتاج – جـ5 – صـ27، 28، أسنى المطالب – جـ3 – صـ15، 16، المهذب – جـ 1 – صـ24، الحاوى الكبير – جـ10 – صـ360 وما بعدها، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لأبى عبد الله العثمانى الشافعى – دار الكتب العلمية – بيروت – صـ201، * وفى الحنبلى : كشاف القناع – جـ 4 – صـ476، 477، التوضيح فى الجمع بين المقنع والتنقيح للشوبكى -جـ 2 – صـ909، 910، شرح منتهى الإرادات – جـ2 – صـ627،=

ومن هذه المراجع يمكننى حصر هذا الموضوع فى نقاط سبعة على النحو التالى :-

=الروض المربع – صـ333، 334، الإنصاف – جـ7 – صـ348 : 353، المحلى فى الفقه الحنبلى – د/ محمد سليمان الأشقر – دار القلم – دمشق – ط 1 1419هـ / 1998م – جـ2 – صـ574 : 576، السلسبيل فى معرفة الدليل – الشيخ/ صالح إبراهيم الليهى – مكتبة المعارف بالرياض – جـ2 – صـ287 : 289

* وفى الفقه الشيعى : البحر الزخار – جـ5 – صـ369 : 369، من لا يحضره الفقيه – جـ4 – صـ247 : 252، وسائل الشيعة – جـ2 مجلد 8 – صـ374 : 383، شرائع الإسلام – ق 4 – صـ12، 13، دليل القضاء الجعفرى – الشيخ/ عبد الله نعمة – دار الفكر اللبنانى 1402هـ / 1982م – صـ282، الأحكام الجعفرية جـ2 – صـ191، 192 . وفى الفقه الظاهرى : ابن حزم – المحلى – تحقيق لجنة إحياء التراث العربى – جـ9 صـ307 : 425 . وانظر " ابن القيم – أحكام أهل الذمة – صـ311 : 339، الشيخ المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – مكتبة الآداب بالجماميز – صـ104 : 106، الشيخ سيد عبد الله حسين – المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية التشريع الإسلامى – مقارنة بين فقه القانون الفرنسى ومذهب الإمام مالك تحقيق : د/ محمد سراج حسين وآخرون – دار السلام – مجلد 4 – صـ1376 وما بعدها .

وفى الفقه الإسلامى الحديث : د/ محمد قنديل – دراسات مقارنة – صـ476 : 480 . أ/ أحمد طه السنوسى – أثر اختلاف الدين والدارين فى المنع من الميراث فى التشريع المصرى – مجلة المحاماة – العدد الثالث – السنة الرابعة والثلاثون صـ353 وما بعدها، موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة – العقود – مجمع البيان الحديث – سميح عاطف الزين دار الكتاب اللبنانى – صـ239 وما بعدها – الشيخ حسنين مخلوف – المواريث فى الشريعة الإسلامية – صـ34 وما بعدها – الشيخ/ محمد أبو زهرة – الميراث عند الجعفرية – دار الغد العربى – صـ73 وما بعدها .

أولاً :- إن الزوجين المسلمين يجرى بينهما التوارث طبقاً لأحكام الإسلام ولا يؤثر فى ذلك زمان ولا مكان ولا مذهب، حتى قال بعض الفقهاء " المسلمون يتوارثون وإن اختلفوا فى المذهب " [1]

ثانياً : إن المسلم لا يرثه إلا مسلمٌ، فإذا مات مسلم وله قرابة من غير المسلمين فلا يرثون منه أبداً، وباتفاق الفقهاء، حتى قال ابن القيم : ولم يخالف فيه أحد، [2] والواقع أن عدم توريث غير المسلم من المسلم ليست بدعة جاء بها الإسلام، بل هى شريعة قديمة قدم الزمان، فقد عرفها اليهود فى شريعتهم بل تجاوز حدودها فى الإسلام، فقد ورد أن اليهود عند اختلاف الدين يرثون أقاربهم غير اليهود، ولا يرث أقاربهم غير اليهود منهم شيء " [3] وكذا تقضى المادة 175 من شريعة الأقباط الأرثوذكس فى مصر بأنه : " لا يكون أهلاً للإرث :- أولاً : .... ثانياً : من اعتنق ديناً غير الدين المسيحى، وظل كذلك حتى وفاة المورث " وكذا الشأن عند السريان الأرثوذكس والتى تقضى المادة 66 من قانونهم رقم 119 لسنة 1952م بأنه : " يحرم من الإرث المسيحى . أولاً : .... ورابعاً : من تدين بغير الديانة المسيحية " [4] وقد اعتمده القانون المصرى أيضاً فى المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م بقولها : " لا توارث بين مسلم وغير مسلم".

(1)شرائع الإسلام – صـ13

(2)أحكام أهل الذمة – صـ317

(3)د/ أحمد شلبى – مقارنة الأديان – اليهودية – مكتبة النهضة المصرية – صـ276 وهو يشير إلى المقارنات والمقابلات – صـ261

(4)أ/ كامل عثمان – المرشد – ط1 – 1958م – صـ49، 50، 85 .

ثالثاً : إن المسلم لا يرث غير المسلم من الوطنيين أو الأجانب المسالمين أو غير المسالمين، وذلك طبقاً للراجح عند جمهور الفقهاء، وسيأتى مزيد من التفصيل لهذا البند فى المطلب التالى .

رابعاً : لا يرث الزوجان غير المسلمين بسبب زواجهما إذا كان هذا الزواج باطلاً ومحرماً فى الإسلام تحريماً قطعياً كزواج الابن من الأم، أو الأخ من الأخت، أو زواج المثلين، رجلين، أو امرأتين، وهذا حفاظاً من الإسلام على كيان الإنسان، وذلك بغض النظر عن دينه وملته ودولته وهذا باتفاق العلماء ولم أقرأ فيه لمخالف .

ففى الفقه الحنفى يقول بعضهم : إنهم " أى المجوس " لا يتوارثون بالأنكحة التى لا تتحقق فيما بين المسلمين كنكاح المحارم وإن كانت تلك الأنكحة بينهم صحيحة حتى يتحقق بها استحقاق النفقة ولا يسقط بها الإحصان [1] وهو ما أكده آخر بقوله : " المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة لبطلانها ويرث بالقرابة لثبوتها " [2] والمعلوم وطبقاً للراجح فى الفقه الإسلامى أن المجوسى يعد من أهل الذمة [3] فإذا كان هذا الحكم فى حق الوطنى غير المسلم فهو فى حق الأجنبى من باب أولى وإنما خص المجوس بالذكر هنا لأن المجوس هم الذين كانوا يستحلون زواج المحارم فى زمن هؤلاء الفقهاء حسب اطلاعهم .

---

(1)الإمام السرخسى – المبسوط – جـ29 – صـ34 ، 35 .

(2)الإمام الموصى – الاختيار لتعليل المختار – جـ5 – صـ161

(3)انظر بالتفصيل المناسب : د/ اسماعيل لطفى فطانى – اخلاف الدارين وأثره فى أحكام المناكحات والمعاملات 1 – 2 تقديم د/ عبد الله بن عبد الله الزاير – دار السلام – صـ116 ، 117 ، 118 – ابن القيم – أحكام أهل الذمة – تحقيق سيد عمران – دار الحديث – مصر – جـ1 – صـ14 وما بعدها .

وفى الفقه المالكى يقول أحدهم : " ومن تزوج أماً بعد ابنة أو ابنةً بعد أم دخل بها أو بأحدهما أو لم يدخل بواحدة منهما ثم مات فلا ميراث لواحدة منهما منه " كزوجة " ومن تزوج بالنكاح وورثته بالنسب وورثه أولادهن ... ولا ترثه الأم بالنكاح شيئاً ..ولا يرث المجوس ولا سائر أهل الذمة بنكاح ذوات المحارم من نسب أو رضاع ويرثون بما ولد من هذا النكاح " [1]

وفى فقه الشافعية: يقول الإمام الشافعى – رضى الله عنه – : "إذا أسلم المجوس وابنة الرجل امرأته ..نظرنا إلى أعظم السببين فورثاها به وألغينا الآخر . فترث باعتبارها ابنته " [2] ويعلق الماوردى قائلاً : " سقط التوريث بالنكاح لفساده وتوارثوا بالقرابة المفردة بالاتفاق " [3]

وعند الحنابلة : " لا توارث بالأنكحة المحرمة كذوى المحارم، وكذا ما لا يقرون عليه لو أسلما مثل نكاح الأخت من الرضاعة والمطلقة ثلاثاً وأم الزوجة" [4]

وفى الفقه الشيعى : يقول بعضهم : " ولا يرث المجوس بالنكاح الفاسد فإن مات المجوسى وترك أمَّه وهى امرأته فالمال لها من قبل أنها أم وليس لها من قبل إنها زوجة شيء " [5]

---

(1)الإمام : أبى عمر يوسف بن عبد الله القرطبى – الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى – صـ557 ، 558 .

(2)الأم – جـ3 – صـ12

(3)الحاوى الكبير – جـ 10 – صـ360

(4)العلامة البهوتى – الروض المربع – صصـ333 ، 334 . وكشاف القناع عن متن الاقناع جـ4 – صـ478 ، 488 .

(5)والعلامة الشوبكى – التوضيح فى الجمع بين المقنع والتنقيح ح جـ 2 – صـ910 ، 911 . والعلامة البهوتى أيضاً – فى شرح منتهى الإرادات – جـ 2 – صـ616 ، 617 . د/ محمد سليمان الأشقر – المحلى فى الفقه الحنبلى – جـ 2 – صـ576

ولم يخرق هذا المبدأ إلا أحد العلماء [1] " ولا سند له فى ذلك " حيث يقول: " أما الزوجان إذا كانا غير مسلمين فإن كانت زوجياتهما صحيحة فى حكم دينهما ولكنها غير صحيحة فى حكم الإسلام فإنه يثبت بها التوارث سواء كان زواجها مما يقران عليه لو أسلما كالزواج بغير شهود والزواج فى العدة من زوج آخر غير مسلم أو مما لا يقرون عليه لو أسلما كالزواج بالمحارم " وقد سبق تفنيد هذا القول [2] الذى بنى على الخلط بين الزواج الفاسد والباطل بين الزواج الذى يصلح بقاؤه والزواج الذى لا يصلح ابتداؤه ويصلح بقاؤه .

وأنتهى مع هؤلاء الفقهاء إلى أن الزواج الباطل ابتداء وبقاء والذى لا يقر غير المسلمين عليه بل على فرض إسلامهم فالزواج بين المحارم لا يتم التوارث به فى الإسلام .

ولكن ماذا لو كان الزواج فسد ابتداءً وصلح بقاءً هل يتم به التوارث ؟ وذلك بأن تم الزواج فى عدة الزوجة من زوج سابق غير مسلم، أو تم الزواج بدون شهود أو بدون ولى أو غيرها من المفسدات التى يصلح بقاء النكاح معه لديهم . وقد سبق عرض هذه الجزئية واتضح وجود ثلاثة أقوال عند الفقهاء أرجحها قول الحنفية والحنابلة أنهم يتوارثون بهذه الأنكحة متى أسلموا أو تحاكموا إلى القاضى المسلم، وذلك لموافقة هذا القول لروح

---

(1)الشيخ/ محمد بن على بن الحسين القمى – من لا يحضره الفقيه – جـ 4 – صـ252 ، 253 .

د/ بدران أبو العينين بدران – أحكام التركات والمواريث فى الشريعة الإسلامية والقانون 1966م – دار المعارف – صـ127 ، 128

(2)موضع سابق من هذا الفصل صـ201

الشريعة الإسلامية التى تحافظ على القواسم المشتركة للإنسانية مع غير المسلمين ولا تعبأ بما لا يمس هذه المعانى الإنسانية من الفروع . [1]

خامساً : اتفق الفقهاء على اعتبار اختلاف الدين مانعاً من التوارث فى حق غير المسلمين، ولكنهم اختلفوا فى بيان المقصود باتفاق أو اختلاف الدين والملة على النحو التالى :

فالمالكية والحنابلة : على أن غير المسلمين ملل متعددة لا يرث بعضها من بعض فاليهودية ملة لا ترث من النصرانية، وعباد الشمس ملة، وعباد الأوثان ملة وحجتهم فى ذلك حديث رسول الله ﷺ الذى قال فيه : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " فهذا نص صريح فى منع التوريث عند اختلاف الملة .

بينما ذهب الحنفية والشافعة إلى أن جميع غير المسلمين ملة واحدة يجمع بينهم الشرك بالله – تعالى – ، واستدلوا بنصوص من القرآن الكريم منها قول الله – تعالى – ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلاَلُ ﴾ [2]: فالإسلام هو الحق والضلال هو ما عدا الإسلام، وقول الله تعالى ﴿وَالَّذينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ ﴾ [3] فمبنى الميراث على المولاة والتناصر وهم جميعاً أولياء بعض .

والراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأخير [الحنفية والشافعية] لقوة ما استدلوا به وأيضاً : المطلق فى الحديث المذكور يحمل على المقيد

---

(1)انظر فى عرض الأقوال الثلاثة وأدلتها تفصيلاً والراجح فيها موضع سابق من هذا الفصل صـ202 وما بعدها

(2)سورة يونس – جزء آية 32 .

(3)الأنفال – جزء آية 73 .

فى الحديث الثانى وهو قول النبى ﷺ : " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم " وهذا ما رجحه جمع كبير من علمائنا المحدثين [1] وهو ما اعتد به القانون المصرى فى مادته السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م بقولها : " ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض " [2]

سادساً :- اختلف الفقهاء فى الاعتداد باختلاف الدار " الجنسية " فى المنع من الميراث بين غير المسلمين .

فذهب المالكية والحنابلة والشيعة إلى عدم الاعتداد باختلاف الدار لمنع التوارث بين غير المسلمين، فيرث الوطنىُّ منهم الأجنبىَّ، وكذا بالعكس، وذلك لأن المنع من الميراث عقوبةٌ، ولا عقوبة إلا بنص .

وذهب الحنفية والشافعية إلى الاعتداد باختلاف الدار ولكن بشرط ارتفاع العصمة بين البلدين، بمعنى أن كل واحدة منها تستحل دماء الأخرى أما إذا كانا فى حالة سلام وتعاوُن فلا مانع من الميراث .

الذى يصلح تشكيله بحسب الزمان والمكان، فقد يأخذ صورة المعاملة بالمثل، وقد يأخذ صورة قطع العلاقات الدبلوماسية، وقد أخذ القانون المصرى على ما بدى لى بما ذهب إليه الحنفية والشافعية مع تغيير القيد والوصف فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم 77 سنة 1943م بقولها : " واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع توريث الأجنبى عنها

---

(1)د/ محمد حسين قنديل – دراسات ...... – صـ477، 478 – د/ شوقى الساهى عدالة الإسلام فى أحكام المواريث – ط1 – 1998م – صـ107، 108، د/ ياسين أحمد درادكة – الميراث فى الشريعة الإسلامية – صـ139

(2)انظر الوقائع المصرية 12 / 8 / 1943م – عدد 92 .

" فأصل فكرة المعاملة بالمثل فى هذا الموضع منبثقة من فقه الحنفية والشافعية، لأنه من المؤكد أن التوارث بين دولتين متحاربتين ولا عصمة بينهما أمرٌ لا يمكن حصوله أبداً وفى ذات الوقت كان هذا الشرط للتوارث معقولاً ومقبولاً، وهو أمر متروك للحاكم ينظمه حسبما تملى عليه مصلحة الأمة، ولا يوجد فى الشرع ما يمنعه من ذلك . [1]

سابعاً :عندما يتوارث الزوجان غير المسلمين سواء اتحدا فى الدين والملة والطائفة أو اختلفا، وسواء كانا تابعين لبلد واحد أو كانا مختلفى التابعية، وكان زواجهما صحيحاً فى حكم الشريعة الإسلامية على النحو السابق ، ووفق معتقدهما، فعلى أى شريعة يتم التوارث وتوزيع الأنصباء وتحديد الوارثين وحصة كل واحد منهم ؟

بالبحث فى أقوال الفقهاء اتضح أن هناك أحوالاً تحكم كلَّ واحدة شريعةٌ أو ملةٌ [2] مختلفة عن الأخرى، ولبيان هذه الأحوال وما تحكم به من شريعة أو ملة أوردها متعاقبة على النحو التالى :-

الحالة الأولى : وتتمثل فيما إذا لم يترافع أحد الورثة إلى القضاء وتم التوارث بطريقة التراضى بين الورثة .

---

(1)انظر فى القول باعتماد المقنن المصرى لمذهب المالكية والحنابلة فى المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م، د/ محمد حسنين قنديل – دراسات .... صـ478، والشيخ/ محمد حسنين مخلوف – المواريث ... صـ34، د/ أحمد فراج حسين – أحكام التركات والمواريث – صـ94، 95 .

(2)ولقد صرحت في المتن بلفظى شريعة وملة وذلك لوجودهما لدى الفقهاء قديماً وحديثاً ومعرفة غير المسلمين بهما حيث يوجد لديهم هذه الألفاظ ، وقد استخدمت هذه الألفاظ فى الشرع أيضاً

والذى يحدد الشريعة أو الملة هنا هى إرادة الورثة جميعاً سواء تم التوارث طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أو ملة أو مذهب جميع الورثة أو أحدهم، أو تم التوارث بالاتفاق المباشر وبدون تحكيم شرع أو ملة فى ذلك ويستدل لهذه الحالة بالآتى :-

فمن جهة : أنه لا يوجد إلزام على الورثة باللجوء إلى القضاء لتوزيع التركة متى تم ذلك بالتراضى بينهم، ويستوى فى هذا المسلمون وغير المسلمين، وبالتالى لا يفرض القضاء نفسه فى توزيع تركة لم ينازع فيها لديه، وهذا بمقتضى العقل والعرف، وهو جار فى كل زمان ومكان. وقد يستثنى حالة وجود قصر فى التركة.

ومن جهة أخرى : فإن إقرارهم على معتقداتهم فيما لا يتجاوزهم وفى نطاق معتقداتهم وفى إطار الأحوال الشخصية، وبما لا يمس كيان المجتمع داخلاً فى نطاق حماية حريتهم فى التدين وممارسة عقائدهم حتى جاءت القاعدة الفقهية التى تقول " إننا أمرنا بتركهم وما يدينون "(1)

---

(1)انظر فى عرض هذه القاعدة وشرحها ، وهى قاعدة فقهية وليست حديثاً مما توهم فى كثرة ترديد الفقهاء لها – الشيخ / أبو زهرة – العلاقات الدولية فى الإسلام – دار الفكر العربى 1415هـ / 1995م – صـ67 . د/ يوسف القرضاوى – فتاوى معاصرة – دار الوفاء – جـ 2 – صـ678 . الشيخ/ السيد سابق – فقه السنة – مجلد 3 – صـ73 . د/ محمد سليم العوا – حوار الأقباط والإسلام – صـ 44 وما بعدها . د/ سورحمن هدايات – التعايش السلمى بين المسلمون وغيرهم داخل دولة واحدة – دار السلام – ط 1 1421هـ / 2001م – القاهرة – صـ326 وما بعدها . د/ عبد الحسيب رضوان – القاضى والبينة – رسالة دكتوراة – صـ117 . الشيخ المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – مكتبة الآداب – صـ55

ومن جهة ثالثة : كان هذا هو فهم السلف الصالح فى علاقتهم بغير المسلمين الذين تعايشوا معهم، حتى قال الإمام الحسن البصرى – رضى الله عنه – : " خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم، فإذا ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم "(1) وتابعه أبو حنيفة – رضى الله عنه – فقال : " فإذا ترافعوا إلينا وجب الحكم بينهم بما فى شرع الله – تعالى "(2)

ومن جهة رابعة : أقام الفقهاء شرطاً سالباً لاختصاص القضاء الإسلامى مقتضاه كما يقول ابن القيم : " أن لا يتحاكموا إلينا، فإن تحاكموا إلينا حكمنا عليهم بما فى شريعتنا "(3)

ومن جهة خامسة : فقد نسب هذا الإقرار إلى السنة فقد قال الزهرى: " مضت السنة أن يرد أهل الكتاب فى حقوقهم ومواريثهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا راغبين فى حكم الله تعالى فيحكم بينهم بكتاب الله – تعالى – "(4)

ومن جهة سادسة : فقد صرح بهذا بعض الفقهاء فقد ورد فى المبسوط : " إن الكفار إن لم يترافعوا يتوارثون بشروطهم وشريعتهم هم "(5)

---

(1)الأثر عن الإمام الحسن أو ردة الإمام الجصاص فى – أحكام القرآن الكريم – دار إحياء التراث – جـ 4 – صـ 87

(2)الشيخ/ عبد الله مصطفى المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – مكتبة الآداب . بالجماميز – صـ 41 .

(3)أحكام أهل الذمة – دار الحديث – جـ 1 – صـ273

(4)أورده الإمام القرطبى فى – الجامع لأحكام القرآن الكريم – جـ6 – صـ185

(5)السرخسى الحنفى – المبسوط – دار المعرفى – بيروت – جـ29 – صـ30

ووضع بعض الفقه الترافع شرطاً للحكم بينهم فى المواريث فقال : " وإذا ترافعوا إلينا قسمنا عليهم كالقسمة بين المسلمين " [1]

الحالة الثانية :- الميراث الذى تم تقسيمه قبل إسلام أحد الورثة أو جميعهم فإذا أسلم أحد الورثة بعد قسمة التركة فى أثناء الكفر فهل يؤثر إسلامهم أو إسلام أحدهم على ما تم من ميراث قبل الإسلام ؟

للفقهاء فى ذلك قولان :-

القول الأول : قال به ابن حزم الظاهرى – رضى الله عنه – [2] حيث يقول : " ومن مات له مورث وهما كافران ثم أسلم الحى أخذ ميراثه على سنة الإسلام ولا تقسم مواريث أهل الذمة إلا على قسم الله – تعالى – المواريث فى القرآن الكريم واستدل على ذلك بقول الله تعالى : " ﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾ [3] وقوله تعالى : ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [4] ثم يقول ولا أعجب ممن يدع حكم الله – تعالى – ليحتكم إلى حكم الشيطان وقد احتكم قوم يهود إلى سيدنا عمر بن الخطاب فى ميراث فزجرهم وأمرهم بالحق الذى ورد فى الشرع الحنيف

(1)الإمام الموصلى – الاختيار لتعليل المختار – مكتبة محمد على صبيح – جـ 5 – صـ162

(2)المحلى – دار الآفاق ... – صـ 307 ، 308

(3)سورة آل عمران– آية 85

(4)سورة المائدة – آية 50

وكتب عمر بن عبد العزيز إلى حيان بن شريح أن اجعل مواريث أهل الذمة على فرائض الله – تعالى – " [1]

القول الثانى : وقال به بعض الحنفية [2] والمالكية [3] وبعض الحنابلة [4] وبعض الشيعة [5] وقالوا : بأن الميراث الذى قسم قبل الإسلام فهو على ما قسم عليه واستدلوا على ذلك بالآتى :-

أولاً : قال رسول الله ﷺ : " كل قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام " [6] والوجه من الحديث أن رسول الله ﷺ قرر أن القسمة التى تمت قبل الإسلام فهى على ما تمت عليه وإنما العبرة فيما لم يقسم بعد فهو على قسمة الإسلام .

ثانياً : قال رسول الله ﷺ : " ما كان من ميراث قسم فى الجاهلية فهو على قسمة الجاهلية ، وما كان من ميراث أدركه الإسلام فهو على

(1)ابن حزم – المحلى بالآثار – تصحيح الشيخ/ أحمد محمد شاكر – دار الآفاق الجديدة – جـ 9 – صـ307

(2)ابن حزم – المحلى صـ307

(3)السرخسى – شرح السير الكبير – تحقيق عبد العزيز أحمد – جـ 5 – صـ1899

(4)الشيخ/ أبى عمر يوسف القرطبى – الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى – دار الكتب العامية – بيروت صـ560

(5)الإمام/ البهوتى – شرح منتهى الارادات مصححه على نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الأزهرية – دار الفكر – جـ 2 – صـ616 ، 617

(6)الشيخ/ محمد بن الحسن الحر العاملى – وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة – تصحيح الشيخ/ محمد الرازى – جـ 2 من مجلد 8 صـ383 ، 384.

قسمة الإسلام "[1] والوجه منه كالأول فى تأكيده لثبات القسمة قبل الإسلام .

ثالثاً : قال رسول الله ﷺ : " من أسلم على شيء فهوله "[2] فمن أسلم على ميراث اقتسمه قبل الإسلام فهو على ما اقتسمه .

رابعاً : ما أثر عن على - كرم الله وجهه - أنه كان يقضى فى المواريث فيما أدرك الإسلام من مال مشرك تركه لم يكن قسم قبل الإسلام أنه كان يجعل للنساء والرجال حظوظهم منه على كتاب الله - عز وجل - وسنة نبيه ﷺ[3]

خامساً : إنه لابد من استقرار المراكز المالية وهذا يتأتى بالإقرار بالمواريث التى تمت قبل الإسلام .

---

(1)أخرجه أبو داود فى سننه " 3 / 1274" حديث رقم 2914 . وابن ماجه فى سننه " 2 / 831 " حديث رقم 2485 وكلاهما عن طريق عمرو بن أبى دينار عن أبى الشعثاء عن ابن عباس ، وقال المحقق الشيخ/ سيد عمران: الحديث صحيح .
أخرجه بن ماجه فى سننه " 3 / 490 " حديث رقم 2749 من طريق عبد الله بن لهيعة عن عقيل أنه سمع نافعاً يخبر عن عبد الله بن عمر .... وفى إسناده ابن لهيعة مدلس . والحديث ضعيف .

(2)رواه أحمد فى مسنده " 5 / 230 " حديث رقم 23058 من طريق يحى بن يعمر . والحاكم فى المستدرك " 4 / 383 " حديث رقم 8006 من طريق يحى بن يعمر عن أبى الأسود عن معاذ بن جبل ،وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجه الشيخان.

(3)الأثر رواه سهل بن زياد ... عن أبى حمزة عن أبى جعفر الصادق - رضى الله عنه -عن على كرم الله وجهه وسائل الشيعة - جـ 2 من المجلد 8صـ 383

التعليق على القولين السابقين

فى الواقع أن الأدلة التى استدل بها ابن حزم أدلة عامة فى كل أحكام القضاء بين المسلمين وغيرهم، وأن الأدلة التى أوردها الفريق الثانى أدلة خاصة فى مسائل مواريث غير المسلمين وأنها على ذلك مخصصة لعموم ما أورده ابن حزم، ولذلك فالراجح هنا هو القول الثانى لقيامه على أدلة خاصة بالموضوع، ولارتكازه على أسس من الواقعية والثبات .

الحالة الثالثة : حينما يحتكم غير المسلمين إلى القضاء الإسلامى قبل تقسيم التركة أو يسلموا وكانوا من الوطنيين

قد يحتكم الوطنيون من غير المسلمين " الذميين " إلى القضاء الإسلامى لتقسيم تركة غير مسلم قبل أو فى أثناء التقسيم لها ، أو قد يسلم هؤلاء أو أحدهم قبل تقسيم التركة أو فى أثنائها ، وقد كان جميع أطراف التوارث " وارث، ومورث وتركة " وطنيين فما هى الشريعة أو الملة التى تقسم التركة وتحدد النُصُب ويعين الورثة طبقاً لها ؟

فى الحالة الماثلة قرر الفقهاء الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين الوطنيين أو على من أسلم، ولم أقرأ لمخالف فى ذلك، بل إن منهم من صرح بذلك وجزم به كابن حزم حيث يقول : " ومن مات له مورث وهما كافران ثم أسلم الحى أخذ ميراثه على سنة الإسلام ولا تقسم مواريث أهل الذمة إلا على قسم الله تعالى المواريث فى القرآن الكريم "[1] وقد صرح به البعض قائلاً : " وإن تحاكم إلينا أهل الذمة فى مواريثهم

---

(1)المحلى بالآثار - جـ 9 - صـ307

واختار الحاكم " القاضى " الحكم بينهم حكم بينهم بحكم الإسلام"[1] وهذا ما أكده السرخسى قائلاً : " إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا ورثوا بقواعد وشروط الإسلام فى المواريث "[2]

وهو أمر ثابت عن فقهاء الشيعة فيقول بعضهم : " إن عليا – رضى الله عنه – كان يقضى فى المواريث فيما أدرك الإسلام من مال مشرك لم يكن قسم قبل الإسلام أنه كان يجعل للنساء والرجال حظوظهم منه على كتاب الله – عز وجل – وسنة نبيه ﷺ وقال : إن أهل الكتاب والمجوس يرثون، ويورثون ميراث الإسلام "[3] ولم يذكر بعض الفقهاء هذا صراحة

---

(1)الشيخ/ أبى عمر القرطبى – الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى – دار الليث العلمية – بيروت – صـ560

(2)المبسوط – صـ29 ، صـ30 ، 31 وقد نص على ذلك صاحب الاختيار فقال : " وإذا ترافعوا إلينا قسمنا بينهم كالقسمة بين المسلمين " والإمام الموصلى – جـ5 ، صـ 162 . وهو ما عنى به القدورى فى تكلمة البحر الرائق شرح كنز الدقائق بقوله : " وإذا تحاكم إلينا أهل الكفر فى قسمة المال قمنا بذلك فيما بينهم على حكمنا دون حكمهم " المكتبة الماجدية – جـ 8 – صـ503

(3)انظر على سبيل المثال : البهوتى – شرح منتهى الإرادات – جـ2 – صـ616 ، 617 . العلامة الشوبكى – الوضيح فى الجمع بين المقنع والتقنيع جـ2 – صـ910، 911 . الشيخ / أبى جعفر الطحاوى – مختصر اختلاف العلماء – دار البشائر الإسلامية – جـ4 – صـ 448 ، 449 . الشيخ/ الماوردى – الحاوى الكبير – دار الفكر – جـ 10 – صـ 360 ، 361 . العلامة/ علاء الدين المرداوى – الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – دار إحياء التراث العربى – جـ7 – صـ350 ، 351 . الإمام/ ابن شهاب الرملى – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – مكتبة مصطفى البابى الحلبى – جـ 5 – صـ27 وما بعدها . الفتاوى الهندية – دار إحياء التراث العربى – جـ6 – صـ454 وما بعدها . الإمام/ أبى يحى زكريا الأنصارى – من أسنى المطالب شرح=

لكن أقوالهم وتوريثهم لغير المسلمين جاء وفق أحكام الميراث فى الإسلام بلا مخالفة بما يعنى أن الحكم بينهم عند تحاكمهم إلى القضاء الإسلامى يكون وفق أحكام الإسلام[1]

واستدلوا لذلك بأدلة كثيرة منها :-

أولاً : قال تعالى : ﴿ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[2] فقد حدد النص الكريم المحكوم به وهو القسط والعدل وهذا القسط وذلك العدل هو ما بنيت عليه شريعة الإسلام فوجب الحكم بالمواريث فى شرع الإسلام .

ثانياً : يقول الحق – تعالى – : " ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ ﴾[3] فلفظ الناس عام يشمل المسلمين وغير المسلمين، والمحكوم به العدل المتمثل فيما شرع الله تعالى على لسان رسول ﷺ وهذه الآية الآمرة بالعدل جاءت فى ذات السورة التى حددت المواريث .

ثالثاً : قول الله – تعالى – ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللّهُ وَلاَ تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴾[4] لتحكم بين الناس مسلمهم وغيره بما أراك من قرآن وسنة .

= روض الطالب– المكتبة الإسلامية – جـ3 – صـ16 ، 17 . الشيخ/ أبى جعفر بابوية القمى – من لا يحضره الفقيه – مؤسسة الأعلمى – بيروت – جـ4 – صـ252 وما بعدها

(1)سورة المائدة – آية 42 .

(2)جزء الآية 58 من سورة النساء

(3)آية 105 – سورة النساء

(4)جزء الآية 49 – سورة المائدة .

رابعاً : قوله – تعالى – : ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ [1] فالذى أنزل عليه هو الشرع الحنيف وليس معتقداتهم.

خامساً : قال ﷺ " القضاء ثلاثة وفيهم رجلاً عرف الحق وقضى به" [2] ولا يمكن أن يكون حقاً إذا خالف القرآن والسنة .

سادساً : ما روى عن الحسن – رضى الله عنه – قال: " خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم فإذا ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم " [3] حتى قال أبو حنيفة : " إذا ترافعوا إلينا وجب الحكم بينهم بما فى شرع الله تعالى " [4] وقال الجصاص : " قال أصحابنا – الحنفية- أهل الذمة محمولون فى البيوع والمواريث وسائر العقود على أحكام الإسلام " [5]

---

(1)الجامع الكبير للترمذى – تحقيق :د/ بشار عواد معروف – دار الغرب الإسلامى – ط 1 1996م مجلد 3 أبواب الأحكام – باب 3 – ما جاء فى القاضى كيف يقضى – حديث رقم 1327 – صـ9 ، 10 . وسنن ابن ماجه – جـ2 كتاب الأحكام – باب 3 – حديث رقم 2315 – صـ776 .

(2)أورده الجصاص – أحكام القرآن الكريم – دار إحياء التراث العربى – جـ 4 – صـ87

(3)الشيخ المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – صـ41

(4)أحكام القرآن الكريم – جـ4 – صـ89

(5)المراغى – التشريع الإسلامى – صـ42 . ابن رشد القرطبى شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد – تحقيق : د/ عبد الله العباد – دار السلام – جـ2 – صـ394 .

سابعاً : ما روى عن الحسن قال فى شأن أهل الذمة يحكم عليهم بما فى كتابنا . [1]

ثامناً : ومن المعقول أن غير المسلمين بشر يتظالمون ولابد من إقامة العدل بينهم وخاصة فى مواريثهم التى يتحاكمون فيها إلى القضاء إحقاقاً للحق ودفعاً للفساد والظلم .

وعلى هذا فإذا تداعى أحد الورثة فى تركة غير مسلم وكان أحد أطراف التوارث وطنياً غير مسلم وجب على القاضى أن يحكم بينهم ومن ثم يقسم الميراث وفق أحكام الشريعة الإسلامية كما يقسم بين المسلمين، وكذلك الحال لو أسلم أحد الورثة قبل قسمة التركة .

الحالة الرابعة :- إذا ما كان أطراف التوارث من غير المسلمين وغير الوطنيين " مستأمنين أو غير مسالمين [أجانب] "

إذا ترافع إلى القضاء الإسلامى أجانب غير مسلمين بمناسبة نزاع حول تقسيم تركة متوفًى فما هى الشريعة أو الملة التى يُعملها القاضى المسلم حسماً لهذا النزاع ؟

لا ريب أن الذى كان فى الحالة السابقة " الثالثة " كان فيه الجواب عن السؤال الماثل، وأن الفقهاء متمسكون بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية وعلى القاضى الالتزام بذلك استناداً إلى الأدلة المشار إليها آنفاً، وأن قول الفقهاء هذا لهو القول الأول فى هذه الحالة الماثلة، وأدلتهم هى بذاتها الأدلة المعروضة من قبل وكان من المفترض أن أتوقف عند تمام الحالة الثالثة وألا أقحم نفسى بالبحث فى أرض كلها ألغام، بيد أن واقعاً

---

(1)انظر بالتفصيل الشيخ/ محمد العاملى – وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة – جـ2 من المجلد الثامن صـ383، 384

يفرض نفسه على بساط البحث ، بما يجعل تجاهله كبيرة فى ميدان البحث العلمى ثم إنى قد وجدت من الفقه الحديث من يقرر إعمال القاضى المسلم للقانون الشخصى للأجانب غير المسلمين، فما وجهتهم فى ذلك وما دليلهم عليه ؟

لقد ذهب المقنن المصرى إلى وضع قاعدة إسناد تحدد القانون الذى يحكم الميراث وهو قانون المورِّث الذى قد يكون قانوناً أجنبياً ، وقد يكون مثل هذا الوضع الجديد حرجاً على القضاة الذين وجدوا أنفسهم فى وضع لا يحسدون عليه بين قوانين ملزمة ، وأحكام الشرع الحنيف اللازمة الجازمة وإزاء هذا الحرج فقد حاول البعض تبرير هذا الأمر حتى يزال الحرج من على هؤلاء القضاة ويقرر هذه الحقيقة البعض[1] قائلاً : بأن رفع دعاوى الأحوال الشخصية للأتراك أمام المحاكم الشرعية يمثل حرجاً للقضاء الشرعى حيث سيلزم بإعمال القانون المدنى التركى الذى يسوى بين الذكر والأنثى فى الميراث وهى على العموم تختلف مع الشريعة الغراء، مما دفع إلى القول بوجوب التفرقة بين المسلم وغير المسلم من الأتراك ليخضع غير المسلم للقضاء الملى ويخضع المسلم للمحاكم الشرعية .[2]

ولا يمكن للمحاكم الشرعية أن تفلت من تطبيق حكم المعاهدة بين [مصر وتركيا] بدعوى أنها قضائية دينية وأنه محتوم عليها أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفى " 280، 281 من لائحة

(1)د/ حامد زكى – مواريث الرعايا الأتراك فى مصر – مجلة القانون والاقتصاد – السنة 18 – صـ637

(2)د/ حامد زكى – مواريث ...... – صـ638.

الترتيب الشرعية " [الملغية] أو أن تلتمس عذراً فى ديانة المتقاضين أمامها..."[1]

ثم يعود قائلاً : " وليس من شك فى أن هناك حرجاً شديداً فى أن يطلب إلى قاض دينى تطبيق شريعة دينية أو مدنية أجنبية عليه إذ أن ذلك يتنافى مع كيان مهنته القضائية ومع عقيدته التى تملى عليه وجوب تغليب أحكام ديانته "[2]

وتخلصاً من هذا الحرج فقد قرر المقنن رفْع الحرج عن تطبيق الأحكام الشرعية لأنه رأى المصلحة فى ذلك فسلك طريق منع سماع الدعوى " المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغية "[3]

ولعل هذا هو الأساس الذى قامت عليه نظرية التخلى فى القانون المدنى الملغى وذلك بالمادة 865 التى كانت تجيز التخلى فى القانون السابق.[4]

بينما كان الخلاص لدى آخرين باللجوء إلى الدفع بالنظام العام تخلصاً من إعمال قانون أجنبى مخالف للشريعة عينته قاعدة الإسناد الوطنية : " فإن القانون الإماراتى قد أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفَّى وقت وفاته مع إمكانية استبعاد القانون الأجنبى إن كان مخالفاً للشريعة الإسلامية أو للنظام العام فى الدولة فإنما يكون قد قصد لاستبعاد القانون

(1)د/ حامد زكى – مواريث ...... – صـ633 .

(2)د/ حامد زكى – مواريث ...... – صـ634 .

(3)د/ حامد زكى – مواريث ...... – صـ634 .

(4)وفى عرضها والتعليق عليها وعلى غيرها : د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص – الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام 1991م – جـ2 – الكتاب الأول – صـ66 ، 67 .

الأجنبى ، وصول الاختلاف بينه وبين القانون الإماراتى إلى الدرجة التى يمس فيها هذا القانون الأسس التى يقوم عليها " (1)

ولكن الأمر وصل إلى القمة عند البعض حينما قرر صراحة بأن : "مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من الأجانب والتى لا يكون أحد أطرافها مسلماً تخضع للقانون الشخصى لهم وذلك بموجب قاعدة إسناد تتخذ من ديانة الأطراف ونوعية الدعوى ضابطاً لها " (2)

ليعود سيادته قائلاً : " فيرى غالب الفقهاء أن نتركهم وما يدينون فلهم حريتهم فى مجال الأحوال الشخصية إذ يتبعون منها ما يأمرهم به دينهم " (3)

ليورد ماروى أن عمر بن عبد العزيز – رضى الله عنه – كتب إلى الحسن البصرى – رضى الله عنه – يقول له : " ما بال الخلفاء الراشدين تركوا غير المسلمين وما هم عليه من نكاح المحارم وشرب الخمر وأكل الخنزير . فرد عليه الحسن بقوله : " إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام " (4)

---

(1)د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص الإمارتى .... صـ255 . وانظر : د/ حامدزكى – مواريث .... صـ644 ، 645 .

(2)د/ أحمد سلامة – مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامى المقارن – دار النهضة العربية – 1409هـ / 1989م – صـ154

د/ أحمد سلامة – مبادئ .... – صـ154 .

(3)أورده السرخسى – المبسوط – دار المعرفة – بيروت – جـ5 – صـ39

(4)الشيخ/ الشربينى الخطيب – الإقناع فى حل ألفاظ أبى الشجاع – المطبعة العامرة – مصر – صـ46 ، 47 . الشيخ/ البهوتى – كشاف القناع عن متن الإقناع – دار الفكر – 1402هـ / 1982م – جـ3 – صـ127 . وقد أشار إليها د/ أحمد سلامه – مبادئ ....– صـ155

ويشير أيضاً إلى ما جاء فى الاقناع أن الإمام لا يأخذ بأحكام الإسلام فيما يعتقدون حله كشرب الخمر ونكاح المحارم أو يرون صحته من العقود ولو رضوا بحكمنا ..ولو تزوج اليهودى بنت أخته أو أخته كان ولده منها يلحقه ويرثه باتفاق المسلمين وإن كان النكاح باطلاً باتفاق المسلمين (1)

كما يورد سيادته كلام الأستاذ أبى الأعلى المودودى حيث يقول : فإنه فى خصوص مسائل أو قانون الأسرة توجب الشريعة الإسلامية أن نتركهم وما يدينون فأحكامها لا تخاطبهم فى شأن تلك المسائل وعلى المحاكم فى الدولة الإسلامية أن تراعى ذلك فيجب أن تفصل فى منازعاتهم عاملة بقانونهم " (2)

وقد قال صاحب جواهر الأكليل مثل ذلك حيث يقول : " ويحكم بين الكفار فى المواريث كالحكم بين المسلمين إذا تراضوا جميعاً على ذلك ،فإن كانوا كتابيين " من أهل الكتاب " يحكم بينهم بحكمهم " (3)

التعليق : من الواضح أن الذى ورد آنفاً إنما كان فى إطار التبرير للوضع القانون الحالى ولكن يلاحظ عليه الآتى :

---

(1)حقوق أهل الذمة فى الدولة الإسلامية – الدار السعودية للنشر والتوزيع طبعة 1988م – صـ22 ، ومؤلفه : نظرية الإسلام وهديه فى السياسة والقانون والدستور – صـ186 وما بعدها .وقد أشار إليه د/ أحمد سلامه – مبادئ .. – صـ155 .

(2)الشيخ/ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى – جواهر الأكليل شرح مختصر العلامة خليل فى مذهب الإمام مالك – دار الفكر – بيروت – جـ2 – صـ338 ، 339 .

(3)وقد ذكر د/ سيف رجب قزامل فى المناقشة العلنية أن الجمهور على أن الأصول الخمسة لمقاصد الشريعة محرمة فى كل الشرائع بالرغم من التبديل والكتمان

فمن جهة : استند سيادته إلى قول بعض الفقهاء ومن المعلوم أن هذه الأقوال جاءت دونما دليل من الشرع الحنيف بل إنها لتعارض الأدلة الشرعية المذكورة آنفاً فى الحالة الثالثة ومعلوم أنه لا اجتهاد مع النص .

ومن جهة أخرى فإن أقوال هؤلاء الفقهاء لتحمل فى إطار ما سبق تقريره من هذه الأمور إذا دارت بين غير المسلمين بدون أن يلجأوا إلى القضاء فلا يعترض عليهم فيها كما هى الحالة الأولى . ليصل سيادته فى النهاية إلى أن " الشريعة الإسلامية إذ تجيز الحكم بين غير المسلمين لا سيما المستأمنين وهم الأجانب بمقتضى شرائعهم فى مسائل الأسرة فهى بذلك تسمح بتطبيق قانون أجنبى عليها " [1]

هذا التبرير للوضع القانونى الراهن لم يكن القضاء عنه بمعزل فقد ساقته إحدى المحاكم [2] فى حكم لها : " أن المنصوص عليه شرعاً أنه يجب الحكم على أهل الكتاب فى خصوماتهم متى ترافعوا إلينا بما أنزل الله وهو حكم الإسلام والقول بأن مما أنزل الله أن نتركهم وما يدينون فيكون الحكم بينهم طبقاً لشرائعهم حكماً بما أنزل الله، قول ينبو عنه مدلول اللفظ وضعاً لأن معنى أن نتركهم وما يدينون أن لا نتعرض لهم فيما يدينون لا أن نحكم بينهم عند الترافع إلينا بما يدينون وقد خالف حكم الإسلام ولمخالفة ذلك لما أجمع عليه الفقهاء "

والمحكمة كما هو واضح تتبرأ من هذه التبرير وتؤكد على أن حكم الله يكون بمقتضى شرع الإسلام الحنيف لا بأحكام غير المسلمين

(1)د/ أحمد سلامه – مبادئ .... – صـ163

(2)فى محكمة مصر الابتدائية الشرعية – 20 يناير 1942م – مجلة المحاماة الشرعية 1942م – السنة 15 – صـ49 وما بعدها ، وقد أشار إليه د/ أحمد سلامه – مبادئ .... – صـ156

التى أقرهم عليها المسلمون فيما بينهم لكن عند الاحتكام إلى القاضى المسلم فلابد أن يعيدهم إلى الحق الذى ورد به الشرع الحنيف وهو فهم طيب من المحكمة .

وفى إطار التبرير الماثل يقرر البعض [1] أن القانون المعتبر فى حالة ميراث المستأمن الذى يموت بمصر هو قانونه الأجنبى وذلك تفريعاً على القول بأن مال المستأمن يوقف حالة موته فى مصر أو فى البلد من دار الإسلام ويسلم لورثته فى بلاده لأن ذلك ما يوجبه عقد الاستئمان .

ولكن يؤخذ على هذا التبرير أنه إذا كان مقتضى الأمان هو الحفاظ على شخص ومال المستأمن، فإنه ليس من مقتضى هذا العقد إلزام القاضى المسلم بإعمال قانون أو ملة ذلك المستأمن وهذا لم يقل به أحد من قبل .

ولكن فى النهاية لابد من التسليم بأن القاضى ملزم بإعمال الشريعة الإسلامية فيما يعرض عليه وإلا كان آثماً . يقول الشيخ أبو زهرة : " وإننا لا نرى من هذا الاستقراء والتتبع أن أحداً من فقهاء المسلمين رأى أن يعفى المستأمنون، وهم الذين يعبر عنهم فى عصرنا الحاضر بالأجانب من التقاضى أمام القاضى المسلم بقانون الإسلام، ويحاكمون أمام قاض من دولتهم وبمقتضى قانونهم، فإن ذلك لم يقله أحد ... وعلى ذلك تكون الامتيازات الأجنبية التى أعطاها سليمان القانونى أحد ملوك العثمانيين

(1)الأستاذ / أحمد طه السنوسى – أثر اختلاف الدين والدارين فى التشريع المصرى – مجلة المحاماة – العدد الثالث – السنة الرابعة والثلاثون – صـ555

للأوربين باطلة كل البطلان، وليس لها أساس شرعى وقد صارت من بعد غلا فى أعناق المسلمين ... " [1]

وهو ما يؤكده البعض أيضاً قائلاً : " أن القاضى المسلم لا يحكم إلا بأحكام الشريعة الإسلامية . وقد اتفق الفقهاء المسلمون فيما يخص هذه القاعدة على غالبية الأحكام " [2]

وبعد عرض هذه النقاط السبعة يمكننى القول بأن قاعدة الإسناد فى مواريث الزوجين فى حكم الإسلام تتمثل فى أن : " لا يرث المسلم ولا يورث إلا من مسلم، ولا يؤثر اختلاف الدين والدار فى توراث غير المسلمين، ولا يلتفت لما تم بين غير المسلمين فى الميراث رضاء، ويعتدً بما تم قبل إسلام الورثة أو أحدهم فى الميراث، ولا يحكم القاضى المسلم بين الورثة إلا بأحكام الشرع الحنيف مع مراعاة شرط المعاملة بالمثل فى توريث الأجانب " .

هذا ولبعض الأفاضل من أساتذتى الأجلاء فى القانون الدولى الخاص كتابات فى هذه الجزئية يحسن النظر إليها . [3]

---

(1)العلاقات الدولية فى الإسلام – دار الفكر العربى – 1415هـ / 1995م – صـ75 ، 76

(2)د/ أحمد عشوش، د/ عمر باخشب – أحكام الجنسية ومركز الأجانب فى دول مجلس التعاون الخليجى مع الاهتمام بالنظام السعودى – مؤسسة شباب الجامعة – 1410هـ / 1990م – صـ22

(3)قارن على وجه الخصوص : د/ عنايات عبد الحميد ثابت – أساليب فض تنازع القوانين فى الإسلام – صـ96، 97، د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة – دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية – صـ250 وما بعدها – د/ حامد زكى – مواريث الرعايا الأتراك فى مصر مجلة=

النتائج المترتبة على عرض القانون الواجب تطبيقه على ميراث الزوجين

تبين من العرض السابق وجود بعض جوانب الاتفاق بين القانون المصرى والفقه الإسلامى وأخرى للافتراق بينهما ، وهذا يتضح من الآتى:-

أولاً :- أن جوانب الاتفاق بين القانون المصرى والفقه الإسلامى أكبر من الافتراق وذلك فى مسائل المواريث والتى تعد الشريعة الإسلامية فيها هى القانون الملزم فى المواريث بالنسبة لجميع المصريين مسلمين وغير مسلمين .

ثانياً :- أن القانون المصرى وتأثراً بالفقه الإسلامى قد أخرج مسائل المواريث من نطاق الأحوال الشخصية ووحد الاختصاص القانونى بها ووضع قواعد تشمل المسلمين وغير المسلمين، وقد ترك القانون المصرى مواريث الأجانب داخلة فى إطار الأحوال الشخصية وهذا أيضاً تأثراً بالفقه الإسلامى .

ثالثاً :- أنه قد وجدت اتجاهات أربعة فى قاعدة الإسناد التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على المواريث عامة وميراث الزوجين خاصة ، وقد اتخذ أصحاب الاتجاه الأول من جنسية المورث ضابطاً للإسناد ، على حين جعل الاتجاه الثانى آخر موطن للمورث، فقد جعله الاتجاه الثالث قانون موقع العقار للمعقارات وقانون آخر موطن للمتوفَّى فى المنقولات، بينما جعله الاتجاه الرابع قانون الإرادة .

=القانون والاقتصاد السنة 18 – صـ619 : 652 . أ/ أحمد طه السنوسى – أثر اختلاف الدين والدارين فى المنع من الميراث – مجلة المحاماة – صـ353 وما بعدها

رابعاً :- إن القانون المصرى قد جعل من قانون المورث وقت وفاته ضابطاً للإسناد وبالتالى يصح أن تحكم هذه المواريث بقانون وطنى أو أجنبى ،قانون يعبر عن الثقافة الإسلامية ، وقانون ذى طابع علمانى أو لا دينى ، وهذا هو جوهر الافتراق بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى وسيأتى مزيد من الايضاح لذلك .

خامساً :- وضع الفقه المصرى إطاراً للقانون الواجب تطبيقه على المواريث بحيث لا يتعداها وأهم هذه الأمور التى تدخل فى نطاقه بيان الورثة والمستحقين للإرث وترتيبهم وأنصبتهم وشروط التوارث وغيرها . ويخرج عن نطاق القانون والحقوق الواردة على العقار ، لتدخل فى نطاق قوانين أخرى .وفى بيان هذا النطاق يأتى الافتراق عن الفقه الإسلامى .

سادساً :- أن الفقه الإسلامى لا يلتفت إلى القانون الأجنبى [غير الإسلامى] متى كان التوارث فى علاقة أطرافها أو بعضهم مسلمين ،و ذلك بخلاف القانون المصرى الذى جعل قانون آخر جنسية للمتوفى ضابطاً للإسلام ومنها كان القانون المشار إليه ، ويحسن بالمقنن أن يتص على تطبيق الشريعة الإسلامية متى كان فى العلاقة مسلماً.

سابعاً : أن الفقه الإسلامى قرر أن المسلم لا يرث ولا يورث إلا من مسلم وقد تابعه القانون المصرى فى ذلك وهو أمر طيب .

ثامناً : أن الزوجين غير المسلمين لا يتوارثان بالأنكحة الباطلة والتى تصلح ابتداء ولا بقاءً كزواج المحارم والجمع بين الأختين ونكاح المثلين ، فلا يتم التوارث عن أثر هذه الأنكحة بين الزوجين فى الفقه الإسلامى ، ويتوارث عن أثر هذه الأنكحة الأولاد من أحد الوالدين [الزوجين] أو بعضهم من بعض . وإن القانون المصرى و إن لم ينص على هذا إلا أنه يتدخل فى صورة الدفع بالنظام العام ولا يوجد ما يمنعه من التصريح بذلك .

تاسعاً : إن غير المسلمين يتوارثون بالأنكحة التى لحقها فساد عند ابتدائها والتى يصلح بقاؤها من بعدها كالزواج فى أثناء العدة أو بدون شهود أو ولى وذلك طبقاً للراجح من أقوال الفقه الإسلامى ، إلا أن القانون المصرى يجعل من قانون الزوجين حاسماً فى بيان صحة أو عدم صحة النكاح الذى يتم التوارث به على أن يتدخل الدفع بالنظام العام كلما وجد ما يخل بقيم المجتمع ولعل هذه الحالة منها ، أما وأن الراجح من الفقه الإسلامى قد أقرهم عليها فلا تعارض بينها وبين النظام العام فى مصر .

عاشراً :- اتفق الفقهاء على أنه لا توارث عند اختلاف الدين ، فلا يرث المسلم غير المسلم ولا يرث غير المسلم المسلم ، وأن جميع غير المسلمين ملة واحدة يرث بعضها من بعض طبقاً للراجح فى الفقه الإسلامى وهو ما اعتمده المقنن المصرى .

حادى عشر :- أن المسلم يرث المسلم مهما اختلفت بينهم البلاد والتابعية وقد وافق المقنن المصرى الفقه الإسلامى فى ذلك نصاً ، وأن غير المسلم يرث غير المسلم عند اختلاف الدار متى كانت البلدان فى حالة سلام وتعاون ، ثم جاء المقنن المصرى ليقرر أن التوارث عند اختلاف الجنسية بين غير المسلمين مبنى على المعاملة بالمثل وهو قول شديد الشبه بالراجح فى الفقه الإسلامى .

ثاني عشر :- أن القانون الواجب تطبيقه على الميراث فى الفقه الإسلامى يأخذ أربعة صور :

الأولى : يكون القانون الواجب تطبيقه فيها هى الشريعة الإسلامية وذلك فى ميراث المسلمين .

الثانية: قانون الإدارة، وذلك إذا تم التوارث بين غير المسلمين إرادياً ودون اللجوء إلى القضاء الإسلامى .

الثالثة : قانون الملة أو المعتقد وذلك فى المواريث التى تمت قبل الإسلام [إسلام أحد الزوجين] أو اللجوء إلى القضاء الإسلامى فيعتد بها على ما تمت عليه .

الرابعة : وهى الشريعة الإسلامية وذلك متى لجأ الورثة غير المسلمين الوطنيون أو الأجانب إلى القضاء الإسلامى بإرادتهم وقبل القضاء الإسلامى الفصل بينهم فإنما يقضى بينهم بحكم الإسلام ،وهذا مما يخالف فيه القانونُ المصرى الفقهَ الإسلامى وهو بلا مواربة يستحق التعديل ليتماشى مع الفقه الإسلامى الذى يعبر عن بلد دينه الإسلام وغالبية سكانه المسلمون .

المطلب الثانى

ميراث الزوجين إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة .

فى الواقع أن زواج المسلم بغير المسلمة يمثل الصورة الوحيدة التى يفترض فيها اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم حيث إنه لا يصح باتفاق زواج المسلمة بغير المسلم، فما حكم التوارث بين الزوجين فى هذه العلاقة ؟ والإجابة على السؤال الماثل تستدعى التمييز بين الزوج كوارث وحالة الزوجة كوارثة وذلك فى الفرعين التاليين :-

الفرع الأول

ميراث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة .

إذا تُوفيتْ الزوجةُ غيرُ المسلمة عن زوج مسلم فهل يرثها الزوج ؟ تحدث الفقهاء فى هذه المسألة قديماً وحديثاً تحت عنوان ميراث المسلم من غير المسلم وكان حديثهم فيه على النحو التالى :-

لجمهور المسلمين من الصحابة والتابعين والحنفية [1] والمالكية [2] والشافعية [3] والحنابلة [4] والشيعة الزيدية [5] وقول ابن حزم الظاهرى [6] حيث قالوا : بأن المسلم لا يرث زوجته غير المسلمة . فلا يرث الزوج المسلم زوجته غير المسلمة واستدل هؤلاء بأدلة كثيرة أذكر منها قول الله تعالى ﴿ وَالَّذينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ ﴾ [7] والدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى نفى الولاية بين المؤمنين وغيرهم من الكافرين، وأن

---

(1)السرخسى – المبسوط – جـ29 – صـ30، تكملة البحر – جـ8 – صـ488، التهذيب فى الفرائض صـ223 .
سراج المسالك – جـ1 – صـ238، الدرارى المضيئة – جـ1 – صـ272، الكافى – صـ555

(2)الأم – جـ3 – صـ2 وما بعدها، نهاية المحتاج – جـ5 – صـ27، الحاوى الكبير – جـ1 – صـ333، المهذب – جـ1 – صـ24

(3)التوضيح – جـ2 – صـ909، شرح منتهى الإرادات – جـ2 – صـ625، المجلى فى الفقه الحنبلى – جـ2 صـ574، كشاف القناع – جـ4 – صـ476، السلسبيل – جـ2 – صـ287، الروض المربع صـ333

(4)البحر الزخار – جـ5– صـ369

(5)البحر الزخار – جـ5– صـ369

(6)البحر الزخار – جـ5– صـ369

(7)المحلى بالآثار – جـ9 – صـ304

هؤلاء الكفار بعضهم أولياء بعض والإرث ولاية من الوارث على مال المورث[1] ويقول النبى ﷺ : " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم "[2] واللفظ فى الحديث الشريف عام لا يجوز تخصيصه بدون مخصص .[3] ويقول النبى ﷺ : " لا يتوارث أهل ملتين شتى "[4] والحديث ينفى تَوَارُثَ المسلمين من غير المسلمين وإن كان خبر آحاد إلا أن الأمة تلقته بالقبول، وقد استدلوا بالمعقول أيضاً، حيث قالوا : إن الميراث قائم على التناصر، ولا تناصر بين المسلمين وغير المسلمين .

غير أنه يوجد رأى لبعض الصحابة والتابعين[5] قالوا : بتوريث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة، وهو قول ابن تيمية وابن حزم ويجعلون هذا مقصوراً على الزوجة الوطنية فقط بحيث لو كانت الزوجة غير المسلمة وطنية ورثها الزوج المسلم، وإذا كانت أجنبية غير مسلمة لا يرثها واستدلوا

---

(1)سورة الأنفال – جزء آية 73 .

(2)المبسوط – جـ29 – صـ30

(3)قد سبق تخريجه .

المحلى لابن حزم – جـ 9 – صـ304 .

(4)قد سبق تخريجه .

(5)منهم معاذ بن جبل، ومعاوية بن أبى سفيان، ويحيى بن يعمر، ومسروق حكاه ابن حزم المحلى – جـ9 – صـ304 وزاد البعض محمد بن الحنفية، وسعيد بن المسيب، والنخعى والشعبى، وإسحاق بن راهواية، وأبا الدرداء . انظر النووى فى شرح صحيح مسلم – جـ11 – صـ52، والحاوى الكبير للماوردى – جـ10 – صـ232، 233 الانصاف جـ7 – صـ327 – ابن القيم أحكام أهل الذمة – جـ2 – مجلد 2 – صـ330 وهو قول الجعفرى الأحكام الجعفرية – جـ2 – صـ193، دليل القضاء الجعفرى – صـ282، والشيعة الإمامية – شرائع الإسلام صـ 2، وسائل الشيعة – جـ2 – مجلد 2 – صـ374، ومن لا يحضره الفقيه – جـ4 – صـ247 .

بحديث معاذ ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " الإسلام يعلوا ولا يعلى عليه "[1] ومن العلو عندهم ميراث المسلم من غير المسلم، وقد أجاب الفقهاء على ذلك بأن المراد علو الإسلام فى ذاته كما استدلوا بالقياس : فقالوا بأن المسلم يحل له الزواج بالكتابيات فيحل له ميراثها، وقد استدلوا بأدلة كثيرة يضيق عنها المقام . وقد رجح جمهورُ الفقهاء المحدثين رأى المانعين لتوريث المسلم " الزوج " من زوجة غير مسلمة[2]

بينما رجح البعض قول المجيزين توريث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة[3] فقد بذل جهداً جهيداً فى الانتصار لهذا الاتجاه، وذكر حجته وأيدها ودافع عنها حتى وصل فى النهاية إلى ترجيحها .

---

(1)رواه البخارى فى كتاب الجنائز فتح البارى فى شرح صحيح البخارى – جـ 3 – صـ218 .

(2)الشيخ المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – صـ104 – د/ بدران أبو العينين – العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين فى الشريعة الإسلامية .. دار النهضة العربية – بيروت – صـ83، د/محمد حسين قنديل دراسات .. صـ476، أبو زهرة – الميراث عند الجعفرية – صـ74، الشيخ/ محمد على الصابونى – المواريث فى الشريعة الإسلامية فى ضوء الكتاب والسنة – عالم الكتب – بيروت – صـ40، د/ أحمد فراج حسين – أحكام التركات – صـ82، د/ شوقى الساهى – عدالة الإسلام – صـ105، الشيخ/ مخلوف – المواريث – صـ35، د/ أحمد ياسين درادكه – الميراث – صـ136، محمد خيرى المفتى – علم الفرائض والمواريث – السورى – صـ55، سميح عاطف الزين – موسوعة الأحكام – صـ239

(3)د/ إسماعيل لطفى فطانى – اختلاف الدارين وأثره فى أحكام المناكحات والمعاملات 1 – 2 – دار السلام – صـ304، 310

تعليق وتعقيب

لقد فند القدماء من الفقهاء قول القائلين بتوريث المسلم من غير المسلم وهو مذكور بالتفصيل فى المراجع المشار إليها آنفاً، وأحب أن أضيف إلى ما قالوه الأمور التالية :-

أولاً: نُسبَ لسيدنا معاذ ﷺ أنه حينما كان باليمن اجتمعوا إليه وقالوا : إن يهودياً مات وترك أخا مسلماً . فقال معاذ : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " الإسلام يزيد ولا ينقص، فورث المسلم من أخيه اليهودى " [1]

فهذا القول المنسوب لسيدنا معاذ على فرض صحته سنداً فهو اجتهاد محض منه واليقين أن معاذاً لم يبلغه حديث : " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم " وحديث : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " وإلا لو بلغه ما قضى بهذا لماذا ؟ لأن معاذا لما بعثه النبى ﷺ إلى اليمن قال له : بما تقضى يا معاذ إذا عرض لك القضاء ؟ قال بكتاب الله، قال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى ولا ألو . فقال رسول الله ﷺ الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله لما يحب الله ورسوله [2] فما كان لمعاذ ﷺ أن يخالف حديثاً عن رسول الله ﷺ فلما لم يبلغه الحديث قضى بما قضى باجتهاد محض، وله أجر المجتهد، أما وإنه عارض نصاً صريحاً فلا حجة فيه لمن استند عليه .

ثانياً : ما نسب لسيدنا معاوية بن أبى سفيان – رضى الله عنهما – أنه كان يُوَرِّثُ المسلمَ من غير المسلم ولا يُوَرِّثُ غيرَ المسلم من المسلم [3]

---

(1)من لا يحضره الفقيه – جـ 4- صـ248

(2)رواه أبو داود فى سننه – جـ 2 – صـ116 .

(3)رواه حماد بن سلمة عن دواد بن أبى هند عن الشعبى عن مسروق انظر : المحلى بالآثار لابن حزم جـ9 صـ304، 305 .

وعلى أى شيء بنى هذا الحكم من معاوية، وقد خالف صريح الحديث الصحيح ؟ فلعله لم يبلغه، ثم هل يصلح ما قال معاوية مخصصاً للحديث ؟ لا لم يقل بهذا أحد أبداً، بل هذا ليس مجرد تخصيص بل نسخ لحكم المنع بالجواز وهذا أشد رفضاً ولم يقل به أحد قط، وما دام أن ذلك كذلك فلا حجة فى قول وعمل سيدنا معاوية لأنه عارض نصاً صريحاً، قال الزهرى : كان لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر على عهد رسول الله ﷺ ولا على عهد أبى بكر وعمر وعثمان وعلى – رضى الله عنهم – فلما ولى معاوية وَرَّثَ المسلمَ من الكافر واتبعه الخلفاء حتى جاء عمر بن عبد العزيز فراجع السنة الأولى ثم أخذ به يزيد بن عبد الملك . فلما قام هشام بن عبد الملك أخذ بسنة الخلفاء [1]

ثالثاً : أما عن قياس أصحاب هذا القول بتوريث المسلم من غير المسلم على نكاح المسلم غير المسلمة فقياس باطل ذلك أن العلة فى نكاح المسلم من غير المسلمة مصلحة غير المسلمة لأنها تستفيد زوجاً ومسلماً، أما المسلم فعنده فى المسلمات متسع وهن خيرٌ له، أما ميراث المسلم من غير المسلم فالمستفيد هو المسلم الوارث لأنه هو الذى سوف يأخذ مالاً من تركة هذا المتوفَّى غير المسلم بلا فائدة تعود على المورث هذا . فلا وجه للقياس، كما أن هذه الزوجة غير المسلمة المقاس عليها قد تكون من الوطنيين غير المسلمين أو من الأجانب المسالمين أو غير المسالمين ما دام أنها من أهل الكتاب، وقد قصر بعضهم الميراث من غير المسلم على الوطنى فقط كما قال ابن تيمية وابن القيم . [2] فلا وجه للقياس على زواج المسلم من غير المسلمة التى هى من الأجانب .

---

(1)انظر الحاوى الكبير – جـ10 صـ233، 234، وابن شيبة – جـ 7 – صـ384

(2)أحكام أهل الذمة – مجلد 2 – صـ330 .

وما قال به الجمهور هو الراجح، وهو مخالف لمسلك اليهود الذين يقولون بتوريث اليهودى من غير اليهودى، وعدم توريث غير اليهودى من اليهودى . (1)

وفى النهاية رجح المقننُ المصرى رأى الجمهور ومن ثم منع توريثَ الزوج المسلم من زوجة غير مسلمة . (2)

الفرع الثانى

ميراث الزوجة غير المسلمة من زوجها المسلم .

لم أجد بين الفقهاء قديماً وحديثاً أى خلاف فى منع توريث زوجة المسلم غير المسلمة من زوجها المسلم عند وفاته، وذلك استناداً إلى صريح الحديث الصحيح من مثل قول النبى ﷺ : " لا يرث الكافر المسلم ولا يرث المسلم الكافر " وقوله ﷺ :: " لا يتوارث أهل ملتين شتى " (3)

النتائج المترتبة على العرض الماثل

أولاً :- أن اختلاف الدين بين الزوجين [مسلم وغير مسلمة] يمنع التوارث بينهما فلا يرث الزوج الزوجة ولا ترث الزوجة من الزوج .

ثانياً :- أن القانون المصرى يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فى النتيجة السابقة وقد استقى مواده فى المواريث من الشريعة الإسلامية .

ثالثاً : تتضح عدالة أحكام الإسلام فعندما منع غير المسلم من الميراث من المسلم منع المسلم من الميراث من غير المسلم فالزوج والزوجة سواء بخلاف شريعة اليهود ، التى تورث اليهودى من غير اليهودى .

---

(1)موضع سابق من هذه الدراسة – صـ191 .

(2)انظر المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943

(3)قد سبق تخريجه صـ190 .



الفصل الثانى

أثر الزواج على النفقة " نفقة الزوجية"

ويشتمل على أربعة مباحث :-

المبحث الأول : أسس تقدير الحد الأدنى لنفقة الزوجية وكيفية أدائها.

المبحث الثانى : الملتزم بالنفقة .

المبحث الثالث : أثر اختلاف الدين على النفقة .

المبحث الرابع : أثر صحة أو فساد الزواج على نفقة الزوجية